



DA ANÁLISE DO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 FRENTE AOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Millena Santos RODRIGUES

Vitor Ruiz AVILA

RESUMO: O presente ensaio científico objetivou a análise do artigo 1641, inciso II do Código Civil frente aos mandamentos constitucionais, por meio do método científico bibliográfico, utilizando-se da pesquisa científica de produções que serviram de amparo para este trabalho. Teceram-se considerações gerais acerca do matrimônio, e percebeu-se os reflexos patrimoniais advindos daquele. Posteriormente, houve a necessidade de enfrentamento de todos os regimes de bens do casamento. Neste sentido, foi possível concluir pela inconstitucionalidade do artigo em estudo.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil Brasileiro. Separação absoluta.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico buscou analisar, além das questões conexas à central, que é a eventual inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que torna obrigatória a adoção do regime de bens da separação absoluta às pessoas com idade superior a 70 anos. A seara doutrinário-jurisprudencial discute eventual inconstitucionalidade frente aos princípios constitucionais, bem como ao estatuto do idoso.

Para tanto, tornou-se necessário trazer questões primárias acerca do matrimônio, uma vez que é basilar ao instituto da família, esboçada na seara constitucional como base da sociedade. Trouxe-se neste primeiro capítulo sobretudo concepções conceituais e eventuais obrigações acessórias.

Posteriormente, trouxe-se os reflexos patrimoniais advindos do matrimônio, que se ligam intimamente aos regimes de bens do casamento, expostos após esboço dos reflexos patrimoniais.

Enfrentou-se os quatro regimes de bens colocados à disposição dos nubentes pela atual dinâmica do Código Civil brasileiro, a comunhão parcial,

universal, a participação final de aquestos e a separação total de bens. Importou ao presente trabalho científico tão somente o estudo do último, que traz a separação absoluta imposta pelo legislador infraconstitucional em rol taxativo do artigo 1.641 do Código Civil. Analisado o artigo 1.641, inciso II, concluiu-se por sua inconstitucionalidade, na medida que afronta princípios constitucionais e normas posteriores a sua edição, tais como o Estatuto do Idoso.

2 NOÇÕES PRIMÁRIAS ACERCA DO MATRIMÔNIO

O casamento é instituto milenar que perpassa por toda a história da sociedade; é, nas noções de Maria Helena Diniz (2012, p. 51) “a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é pedra angular da sociedade”. Dessa forma, o matrimônio encontra-se como ponto chave de todo o sistema social, sendo panorama moral do país.

Dada tamanha importância ao instituto do matrimônio, torna-se sumamente necessário a regulamentação das questões matrimoniais pelo ordenamento jurídico, tal como foi com a chegada das leis positivadas no período da Antiguidade Clássica, desde a Lei das XII Tábuas, passando pelo direito canônico da Idade Média e posteriormente com o advento da Idade Contemporânea, em que, nas noções do direito brasileiro, foi posto, juntamente com a família, como basilar a toda sociedade, exposto na Norma Maior de 1988, logo em seu artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Veja que este trabalho científico não tem o condão de esmiuçar qualquer panorama histórico do casamento até os tempos hodiernos, tampouco explorar a evolução do conceito de família drasticamente alterado ao longo do tempo, mas tão somente trazer aspectos técnico-jurídicos acerca do casamento, tais como seu conceito e suas obrigações decorrentes, para que posteriormente se adentre ao tema das consequências patrimoniais do casamento, que servirá de base para análise das modalidades dos regimes de bens.

É que finda esta pesquisa científica, será realizada outra com maior profundidade que merece o tema, em que se explorará todas as questões conexas do casamento e da família.

2.1 Do conceito jurídico de casamento e suas obrigações acessórias

Não há certeza quando da atribuição de conceito jurídico do casamento. Isto porque a própria seara doutrinário-jurisprudencial traz consigo divergências acerca da natureza jurídica do matrimônio. Rolf Madaleno (2011, p. 99) bem sedimenta esta ideia:

A definição de casamento sempre suscitou controvérsias doutrinárias, dividindo as opiniões dos autores, com uma corrente defendendo a sua natureza contratual, porque requer o consentimento dos nubentes, tanto que frustradas as núpcias quando ausente a livre aquiescência dos esposos. Em contraponto, outra corrente atribui ao matrimônio uma feição institucional, porque imperaram no casamento normas de ordem pública, a impor deveres e a reconhecer direitos aos seus membros, o que limita, sobremaneira, a autonomia da vontade.

Os ensinamentos que Maria Helena Diniz (2012, p. 54-55) traz acerca das duas correntes doutrinárias mencionadas também tornam-se importantes:

A concepção contratualista originária do direito canônico, que colocava em primeiro plano o consentimento dos nubentes, deixando a intervenção do sacerdote, na formação do vínculo em posição secundária foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do século XVIII e penetrou, com o advento da revolução francesa, no código francês de 1804, influenciando a escola exegética do século XIX e sobrevivendo até nossos dias na doutrina civilista.

[...]

A concepção institucionalista vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam. O casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei. As partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade do vínculo conjugal ou as condições de patrimonialidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações [...] O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem. Convém explicar que esse ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, uma vez que, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras normas.

De fato, o casamento pode ser visualizado como negócio jurídico que passa pelos mesmos vícios de consentimento de negócios jurídicos contratuais, tais como o dolo, o erro, dentre outros, que devem ser analisados sob a ótica da escada pontiana de existência, validade de eficácia; entretanto, este fato por si só não atribui ao casamento caráter obrigacional, na medida que há extremada

regulamentação do casamento no Código Civil. A autonomia da vontade dos contraentes, neste íterim, é deveras limitada, na medida que é negócio jurídico formalíssimo, devido a sua importância já exarada.

O casamento, dessa forma, obedece a um enorme conjunto de normas imperativas, que objetivam a dá-lo validade e eficácia, sob uma ordem jurídica e social. Outrossim, Rolf Madaleno (2011, p. 99) continua expondo que a corrente que classifica o casamento como de natureza institucional vem perdendo força:

[...] com a inquestionável tendência de ampliação de vontade dos consortes; tanto assim deve ser considerado, que o artigo 1639, § 2º admite a alteração do regime matrimonial no curso do casamento, não obstante ainda condicione a modificação à expressão autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

É possível visualizar o exposto pelo autor com a análise da Lei Federal nº 11.441 de 2007, cujo objeto foi a criação da separação e do divórcio extrajudiciais, realizados por meio de escritura lavrada em tabelionatos, livrando os consortes da intervenção do Poder Judiciário e eventual fiscalização do Ministério Público, desde que preenchidos os pressupostos que a lei reputa como necessários.

E, embora Pontes de Miranda (1947, p. 93) e Clóvis Beviláqua (1954, p. 13)¹ tenham visualizado no casamento natureza de contrato dentro do Direito de Família, buscando a regulamentação da união entre marido e mulher, parcela considerável da doutrina admite natureza jurídica híbrida do matrimônio, concedendo-lhe natureza de contrato especial, “dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou um ‘contrato de Direito de Família’, em razão das relações específicas por ele criadas” (PEREIRA, 2010, p. 58).

A união e perfectibilização do casamento, extraem-se, nos dizeres de Maria Helena Diniz (2012, p. 52), certas finalidades do matrimônio, quais sejam:

a) A instituição da família matrimonial, que é, segundo a expressão de Besselaar, uma unidade originada pelo casamento e pelas inter-relações existentes entre marido e mulher e entre pais e filhos (CC, art. 1.513);

¹ “O casamento é contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”.

b) A procriação dos filhos, que é uma consequência lógico-natural e não essencial do matrimônio (CF/88, art. 226, §7º; Lei nº 9.263/96). A falta de filhos não afeta o casamento, uma vez que não são raros os casais sem filhos. A lei permite uniões de pessoas que pela idade avançada ou por questões de saúde, não têm condições de procriar. Se se aceitar a procriação como fim essencial do casamento, ter-se-á de anular todos os matrimônios de que não advenha prole, o que perturbaria a estabilidade e a segurança do lar. Mas, esclarece Orlando Gomes, a norma, por outro lado, requer a aptidão física dos nubentes, já que só permite o casamento dos púberes e admite sua anulação se um dos cônjuges for impotente para a prática do ato sexual;

c) A legalização das relações sexuais entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; a aproximação dos sexos e o convívio natural entre o homem e mulher desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos. Com muita propriedade, pondera Domingos Sávio Brandão Lima, a comunicação sexual dos cônjuges é o prazer, na com participação, prólogo e seguimento de uma vida a dois, plenificação suprema de dois seres que se necessitam, interação dinâmica entre marido e mulher, pois casamento é o amor;

d) A prestação do auxílio mútuo, que é o corolário do convívio entre os cônjuges. O matrimônio é uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação; há, então, um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto que se ajudam mutuamente, estabelecendo-se entre elas uma comunhão de vida e de interesses tanto na dor como na alegria;

e) O estabelecimento de deveres patrimoniais ou não entre os cônjuges, como consequência necessária desse auxílio mútuo e recíproco. P. ex.: o dever legal de caráter patrimonial que têm os cônjuges de prover na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens a manutenção da família (CC, art. 1.568) e o não patrimonial, que eles têm de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (CC, art. 1.566, I e V).

f) A educação da prole, pois no matrimônio não existe apenas o dever de gerar filhos, mas também de criá-los e educá-los para a vida, impondo aos pais a obrigação de lhes dar assistência (CC, art. 1.634, e Lei n. 8.069/90, art. 22);

g) A atribuição do nome ao cônjuge (CC, art. 1.565 § 1º) e aos filhos; a reparação de erros do passado recente ou não; a regularização de relações econômicas; a legalização de estados de fato

Embora o brilhantismo da autora civilista seja notável, certo que não há qualquer espécie de rol taxativo que imponha finalidades do casamento, haja vista que a própria união entre os cônjuges já pode ser considerada como finalidade por si só.

Existem, por sua vez, quando da contração do matrimônio, diversos efeitos jurídicos projetados por aquele na esfera social, sejam nas relações pessoais ou econômicas dos conjuges ou nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, o que originam uma série de direitos e deveres disciplinados na ordem jurídica. Destes deveres e direitos, torna-se relevante ao presente ensaio científico tão somente a análise das consequências patrimoniais do matrimônio, na medida

que estas consequências serão melhor exploradas no capítulo subsequente, quando haverá o tratamento científico acerca dos regimes de bens advindos do matrimônio.

2.2 Das consequências patrimoniais do matrimônio

São vastos os efeitos patrimoniais em relação aos cônjuges e aos terceiros advindos quando da realização do matrimônio.

Enquanto perdurar a sociedade conjugal, os bens adquiridos em sua constância serão de propriedade exclusiva do cônjuge que os adquiriu e assim seguir, sem que o outro consorte tenha qualquer direito de propriedade sobre esses bens (MADALENO, 2011, p. 675). Sabe-se, contudo, que a propriedade do bem sofre restrições em seu direito de propriedade, notadamente em seu direito de disposição; tanto é assim que é necessária a outorga do cônjuge para a alienação de bem imóvel na constância do casamento.

É no mínimo curiosa a afirmação de Rolf Madaleno exposta, isto porque a propriedade apenas será exclusiva do consorte quando houver determinados regimes de bens, o que não ocorre com o regime de comunhão parcial, por exemplo, em que o bem adquirido na constância do casamento se sujeitará ao regime de condomínio. Tanto é assim, que após a partilha na dissolução da sociedade conjugal, caso seja da vontade de um dos cônjuges, é possível o ajuizamento de demanda judicial que busque a extinção do regime de propriedade do condomínio, finalizando a alienação objeto da partilha.

De qualquer forma, tornam-se relevantes as afirmações do mesmo civilista (MADALENO, 2011, p. 675) quando este expõe que a sociedade conjugal não detém personalidade jurídica, tampouco administração própria, impossibilitando eventual comparação com uma sociedade empresária, dotada da personalidade jurídica, na medida que a sociedade afetiva detém uma série de características que obstaculizam sua caracterização como sociedade empresária:

a) não tem capital social; b) não tem fins lucrativos; c) carece de capacidade para estar em juízo; d) os patrimônios não são distintos do de seus membros; e) não é titular de direitos e de obrigações frente a terceiros; f) não conta com nenhum dos atributos da personalidade jurídica nome, domicílio, nacionalidade (MADALENO, 2011, p. 675).

Esboçados certos pontos acessórios acerca dos efeitos patrimoniais atingidos pelo matrimônio, torna-se necessário que o presente trabalho científico adentre no tema dos regimes de bens, enfrentando suas modalidades, limitações e direitos advindos deles.

3 DOS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

Tal como apontado nas linhas anteriores que sucederam este trabalho científico, a realização do matrimônio impõe uma série de direitos e deveres em relação aos próprios cônjuges, bem como a terceiros, sejam estes efeitos pessoais ou patrimoniais, sabe-se que há grande importância jurídica, uma vez que cada espécime de regime de bens implicará em específicos efeitos.

De acordo com Rolf Madaleno (2011, p. 677):

Os diferentes regimes de bens são o reflexo dos tempos e das mudanças sociais que oferecem configurações patrimoniais que vão se amoldando no tempo, com maior ou menos liberdade, conforme as necessidades dos cônjuges e conviventes. Em períodos de maior participação da mulher no papel de partícipe da construção material da entidade familiar, sua posição tem reflexo direto na mudança dos regimes matrimoniais, podendo ser observado que atualmente no Brasil há forte inclinação pelo regime convencional da separação de bens.

É que os regimes da comunicação total ou parcial de bens fundava-se na solidariedade matrimonial, centrado em modelo de matrimônio que restringia a capacidade produtiva da esposa, na medida que os regimes da comunhão serviam para equilibra-la.

Subsistem, quando do estudo dos regimes de bens no casamento, princípios fundamentais gerais que são aplicáveis a quaisquer daquelas modalidades. Daí que sua explanação torna-se importante.

3.1 Dos princípios gerais do regime de bens entre consortes

A existência do regime de bens matrimonial é consequência inafastável do estabelecimento de relacionamento afetivo casamenteiro. Ademais, sabe-se que princípio são normas primordialmente valorativas que são utilizadas como pilares do ordenamento jurídico ou de determinada ramificação do direito.

Daniel Sarmento (2015, p. 04-06) expõe que os princípios não tem seus efeitos condicionados às decisões do legislador infraconstitucional. Daí que, segundo Bohac (2010, p. 02), mostram-se como normas espontaneamente sistêmicas, na medida permeiam um grande número de normas, sejam estas regras ou princípios.

Fabiana Domingues Cardoso (2011, p. 46) aponta três princípios basilares que são inerentes do regime de bens: a) o da variedade do regime de bens; b) o da liberdade convencional ou e; c) o da mutabilidade controlada.

O primeiro princípio, da variedade do regime de bens, segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 171) oferece aos cônjuges quatro tipos diferentes de regimes matrimoniais: o da comunhão universal; o da comunhão parcial; o da separação e o da participação final dos aquestos, sendo que este último substituiu o antigo regime dotal, que como ensina Orlando Gomes (2002, p. 195), era não comunitário apenas no que concernia à parte relativa aos bens constitutivos do dote, mas nada impedia que os bens extradotais pertencessem em comunidade aos consortes.

Segundo Rolf Madaleno (2011, p. 678), relacionado princípio

Permite aos cônjuges ou conviventes não apenas escolher dentre os quatro regimes de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial de bens, comunhão universal; separação total de bens e participação final nos aquestos), mas podendo mesclar esses regimes, e dessa forma personalizar as suas necessidades e pretensões.

O princípio supra analisado desencadeia a o estudo do segundo, o da liberdade convencional, que expõe que os cônjuges e conviventes poderão convencionar acerca do regime de bens que melhor lhes aprouver, entretanto, a liberdade de escolhe deve ser exercida no casamento por meio de um pacto antenupcial, ou na união estável por meio de contrato de convivência, tal como afirma o artigo 1.725 do Código Civil: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Entretanto, são importas certas restrições ao princípio em análise, tal como pode ser visualizado quando da leitura do artigo 1.641 do Código Civil, que obriga os cônjuges, em certas situações, a adotarem o regime da separação 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 70 (setenta) anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Dessa forma, deverá o princípio ser analisado tendo em vista a restrição imposta pela mesma norma civil, na medida que há certa obrigatoriedade para determinadas pessoas.

O terceiro princípio diz respeito à mutabilidade controlada, o qual acerta que a alteração do regime de bens no curso do casamento deve ser judicialmente monitorada, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados direitos de terceiros; é esta a redação do artigo 1.639, §2º:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

A necessária judicialização para a alteração do regime de bens do casamento se justifica em razão da necessária proteção de terceiros, isto porque a codificação não pode legitimar fraude a terceiros que possam ter seus direitos tolhidos com a alteração do regime de bens dos consortes.

Feitas breves considerações acerca dos princípios basilares dos regimes de bens matrimoniais, será feita análise individualizada de cada regime de bens à disposição dos consortes.

3.2 Das espécies de regime de bens do casamento

Os regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 pode ser conceituado como o “conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento” (GONÇALVES, 2011, p. 437).

Silvio Salvo Venosa (2008, p. 304) por sua vez, assim os conceitua:

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. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, da mesma forma que importante reflexo no direito sucessório.

Em razão do princípio da variedade de regimes são quatro os regimes de bens que a lei coloca à disposição dos consortes. O Código Civil contemporâneo traz consigo os regimes da comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e a separação convencional e legal, adiante analisados.

3.2.1 Da comunhão parcial

Este regime se caracteriza pela criação, quando da união dos nubentes, de três patrimônios, dois particulares, de cada consorte, que diz respeito ao patrimônio adquirido antes do casamento, e um comum, caracterizado pelos bens adquiridos na constância do casamento.

Neste íterim, leciona Silvio Rodrigues (2004, p. 178):

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior ou alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra a título oneroso.

Tanto os bens móveis quanto imóveis, desde que adquiridos na constância do casamento, por ambos ou apenas um dos cônjuges, mediante negócios jurídicos onerosos, entrarão no patrimônio comum do casal na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada consorte. De acordo com Paulo Lôbo (2011, p. 342), a onerosidade diz respeito ao “desembolso de recursos pecuniários e desde que não seja em sub-rogação aos bens particulares de cada cônjuge, ou seja, quando a aquisição não derivou de ato ou de liberalidade de terceiros (doação ou sucessão hereditária)”, como também os adquiridos por fatores eventuais, que “não se enquadram na aquisição mediante negócio jurídico oneroso também comunicam ao casal, como, por exemplo, o achado de tesouro e a especificação” (LÔBO, 2011, p. 342).

Nestes termos, são os artigos 1.659 e 1.660 que relacionam quais os bens que entram ou são excluídos da comunhão:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

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

III - as obrigações anteriores ao casamento;

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

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

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

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

Art. 1.660. Entram na comunhão:

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

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

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

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

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

Há também o artigo 1.661 que estabelece a incomunicabilidade dos “bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”, isto é, por exemplo, quando recebidos por doação ou sucessão, ou os adquiridos e sub-rogados no lugar destes.

Da mesma forma, há presunção de que os bens de uso pessoal, bem como os livros e instrumentos de profissão adquiridos com recurso do próprio conjuge, sejam anteriores ou posteriores ao casamento, sejam excluídos da comunhão, sendo bens de uso pessoal:

Aqueles destinados à existência cotidiana de cada um, à sua intimidade pessoal, como suas roupas, joias, objeto de lazer. No caso de prestadores de serviços, seus equipamentos, ainda que instalados no domicílio conjugal, não integram a comunhão.

Os rendimentos provenientes do trabalho de cada consorte também deverão ser excluídos da comunhão, tais como as remunerações advindas do trabalho público ou privado.

Salienta-se que este regime é também chamado de regime suplementar, na medida que quando não houver escolha de outro regime diferenciado, a comunhão parcial de bens será o regime que rege o patrimônio dos consortes.

3.2.2 Da comunhão universal de bens

Geograficamente, o regime de comunhão universal de bens encontra-se logo após as disposições normativas do regime da comunhão parcial de bens; guarda, também, grande similaridade com o último, como se verá.

Disciplinado no artigo 1.667 do Código Civil, trata-se daquele:

[...] em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (GONÇALVES, 2011, p. 479).

Contudo, existem relações patrimoniais ativas e passivas que não integrarão a comunhão, permanecendo o bem na titularidade exclusiva do cônjuge adquirente, tal como esboçado no artigo 1.668 do Códex Civil pátrio:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

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

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Veja-se, outrossim, que a incomunicabilidade dos bens enumerados neste artigo não se estenderá aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento, em detrimento da leitura do artigo 1.669.

3.2.3 Da participação final dos aquestos

A finalidade legislativa, nos termos de Paulo Lôbo (2011, p. 352),

[...] é preservar o cônjuge dos prejuízos que essas obrigações lhe acarretarão [...] O regime de participação final nos aquestos é inovação do Código civil de 2002, que suprimiu o regime total, tornado superado com o desaparecimento da família patriarcal.

Da mesma forma, Bianca Mota de Moraes (2002, p. 353) expõe que o regime de participação final nos aquestos é

Uma forma híbrida com configuração semelhante ao regime de separação de bens na constância do casamento, aproximando-se da configuração prevista para a comunhão parcial no momento da dissolução da sociedade conjugal.

Em comento ao Projeto do Código Civil de 1975, Silvio de Salvo Venosa (2001, p. 169) expunha que a participação final de aquestos caracterizava por cada cônjuge possuir patrimônio próprio durante o casamento, e quando finalizada a sociedade conjugal, ambos os cônjuges serão meeiros recíprocos: “Trata-se de um regime misto, pois no curso do casamento aplicam-se, em síntese, as regras da separação da comunhão parcial”

A caracterização como regime misto se dá justamente em razão da “completa separação dos bens, todos são próprios do seu titular, a qualquer título, na constância do casamento, quer advenham de aquisição onerosa, quer seja graciosa exercendo sobre eles a livre administração”, havendo, entretanto, proteção legal que limita o poder de disposição sobre os bens imóveis na constância da união.

3.2.4 Da separação de bens

De acordo com o Código Civil, em seu artigo 1.687, “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Haverá, pois, o exercício pleno do direito de propriedade dos cônjuges, podendo aliená-los ou gravá-los de ônus real livremente, sejam estes bens móveis ou imóveis.

Em detrimento do regime da separação de bens, a incomunicabilidade envolverá todos estes, presentes ou futuros, concedendo aos cônjuges plena autonomia na gestão do patrimônio próprio.

Paulo Lôbo (2011, p. 355) expõe que a separação se dará em três dimensões:

a) a administração exclusiva de cada cônjuge sobre os seus bens próprios e respectivo usufruto; b) a liberdade de alienação dos bens próprios, sem autorização do outro, bem como do destino do resultado; c) a responsabilidade de cada um sobre as dívidas e as obrigações que contrair.

Dessa forma, a administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge proprietário. Entretanto, no pacto antenupcial, será possível prever a administração conjunta ou concedê-la ao outro consorte.

Importa ao presente trabalho o estudo especificamente da separação legal ou obrigatória de bens, razão pela qual não será apresentado, por enquanto, o regime da separação convencional.

3.2.4.1 Da separação legal ou obrigatória dos bens

Referido regime é aplicável aos casos trazidos no artigo 1.641 do Código Civil, que leciona como:

[...] obrigatório o regime da separação de bens no casamento I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de setenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

No caso do regime de casamento em estudo, não há necessidade de pacto antenupcial, na medida que há imposição legal acerca do regime de bens. Há, em verdade, limitação ao princípio da liberdade convencional alhures mencionado.

Dessa forma, são taxativas as hipóteses de aplicação do regime da separação obrigatória de bens; outrossim, merece maiores explanações o inciso segundo, do artigo exposto, objeto do trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Há notável divergência na doutrina e jurisprudência acerca da imposição legal do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, que expõe a

obrigatoriedade da separação absoluta nos casos em que há pessoa com idade superior a 70 anos.

Para a parcela da doutrina que diz ser favorável à norma em análise, quando houver casamento com pessoa com idade superior a 70 anos, há presunção absoluta de que o outro cônjuge tem interesse em auferir vantagem do patrimônio do idoso. Daí, tornar-se-ia necessária maior proteção do Código Civil brasileiro na manutenção dessa proteção, uma vez que o idoso é a parte mais vulnerável da relação amorosa.

Por outro lado, a outra parcela da doutrina diz ser inconstitucional a norma analisada, uma vez que se trataria de discriminação à pessoa idosa com mais de 70 anos, tida como absolutamente incapaz que não poderia gerir seus próprios atos da vida civil.

Vê-se, em verdade, que o artigo 1.641, inciso II do Código Civil pátrio infringe uma série de princípios constitucionais e afronta, sobretudo, o Estatuto do Idoso promulgado, que trouxe uma série de direitos à pessoa com idade superior a 70 anos.

5 DA CONCLUSÃO

Este trabalho científico objetivou esmiuçar a questão da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que obriga as pessoas maiores de 70 anos a contraírem núpcias sob o regime da separação absoluta de bens.

Trouxe-se questões acerca do matrimônio, uma vez que é basilar ao instituto da família, esboçada na seara constitucional como base da sociedade.

Posteriormente, foi devido o estudo dos reflexos patrimoniais do matrimônio, que se ligam intimamente aos regimes de bens do casamento, expostos após esboço dos reflexos patrimoniais.

Enfrentou-se os quatro regimes de bens colocados à disposição dos nubentes pela atual dinâmica do Código Civil brasileiro, a comunhão parcial, universal, a participação final de aquestos e a separação total de bens. Importou ao presente trabalho científico tão somente o estudo do último, que traz a separação absoluta imposta pelo legislador infraconstitucional em rol taxativo do artigo 1.641 do Código Civil. Analisado o artigo 1.641, inciso II, concluiu-se por sua

inconstitucionalidade, na medida que afronta princípios constitucionais e normas posteriores a sua edição, tais como o Estatuto do Idoso.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 6ª tir. Vol.1. Edição histórica, s/d. Rio de Janeiro, 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 5, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**- 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**, atualizado por Alves, Vilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, vol. III, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**. São Paulo: IOB Tompson, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28 ed. Atualização de Francisco José Caháli. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.