

O critério legal do regime da separação obrigatória de bens no casamento dos maiores de sessenta anos: desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia de vontade

The legal criterion of obligatory possessions separation regime in the marriage of people who is over 60: disrespect to the principles of the human person's dignity and wishes autonomy

Beatriz Helena Braganholo*
Elisa Linck**

Resumo

A imposição legal do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de sessenta anos impede a manifestação da autonomia de vontade dos nubentes na estipulação quanto aos seus bens. Por consequência, os bens adquiridos após o casamento permanecerão particulares, não havendo patrimônio comum, ou seja, o direito à meação. Em face do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do atual Código Civil reafirma preconceituosa regra permitida anteriormente pelo legislador brasileiro. Sustenta-se o fenômeno da constitucionalização do direito civil na interpretação e aplicação do direito de família e sucessões a partir dos princípios fundamentais presentes na Constituição, vinculantes de todo o ordenamento jurídico em razão de sua supre-

macia normativa. Diante das mudanças sociais é inaceitável tal intervenção estatal, quando esta deveria visar à proteção das relações privadas, valorizando os laços que realmente a unificam: os de amor, solidariedade, companheirismo, liberdade e igualdade. Questiona-se

* Mestre em Direito, especialista em Direito Civil. Advogada. Professora na Faculdade de Direito (UPF), nas disciplinas de Instituições de Direito de Família e Direito das Sucessões. Pesquisadora vinculada à Universidade de Passo Fundo – Faculdade de Direito. Líder e pesquisadora do Grupo CNPq “Constitucionalização do Direito Civil”. Professora-coordenadora da pós-graduação em Direito Imobiliário (UPF). Professora da pós-graduação em Intervenções Psicossociais, na Faculdade de Psicologia (UPF), na disciplina Direito de Família Contemporâneo.

** Aluna voluntária de iniciação científica (Pivic/UPF) no projeto “Constitucionalização do Direito Civil”.

Recebido em ago. 2005 e avaliado em set. 2005

se haveria justo motivo para o legislador impor limites quanto à autonomia de vontade, na livre escolha do regime de bens pelo fato da pessoa possuir idade biológica superior aos sessenta anos. Utilizaram-se o método de abordagem dedutivo e os métodos comparativo e estruturalista como forma de procedimento. A técnica de pesquisa é bibliográfica. Como resultado, chega-se à conclusão de que a restrição imposta é inconstitucional perante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana, violando o direito à liberdade e à propriedade. Revela-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

Palavras-chave: autonomia de vontade, dignidade humana, propriedade, liberdade, regime de bens.

Introdução

Desde que o mundo existe, as relações afetivas entre homens e mulheres são pautadas por uma série de rituais de passagem. Mesmo após tanto anos, o casamento civil, no Brasil, continua sendo o modelo tradicional e supremo da confirmação e registro de laços afetivos entre homem e mulher. Frise-se bem, laços afetivos, porém permeados de efeitos patrimoniais, seja relativamente à sociedade conjugal e formação de patrimônio, seja como possibilidade de ingresso no direito sucessório.

A questão é a seguinte: na fase pré-contratual, ou seja, durante o processo de habilitação para o casamento civil, procede-se ao ínterim da escolha do regime de bens (no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais). Pois bem,

fique claro, escolha relativamente aos que podem optar, aos que a lei civil concede a aplicação do princípio da autonomia de vontades. Nesse sentido, o Código Civil vigente afirma em seu artigo 1 639: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.¹ Merece destaque que “[...] só subsiste o regime eleito por pacto antenupcial, se firmado por noivos que podem escolher livremente o regime patrimonial”.²

Pode-se, assim, preconizar que somente os excluídos das situações mencionadas pelo artigo 1 641 do Código Civil brasileiro possuem esta capacidade de exercício pleno do direito de escolha do regime matrimonial. Portanto, as pessoas que possuírem mais de sessenta anos, que casarem com inobservância das causas suspensivas do casamento e todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimimento judicial³ não podem exercer o seu direito de escolha. Por determinação legal, a esses cumpre aceitar a obrigatoriedade do regime de separação de bens entre os cônjuges. A seguir, retoma-se a questão proposta, prelecionando sobre o conteúdo dos quatro regimes de bens que vigoram no país, identificando o regime de separação obrigatória de bens para o casamento dos maiores de sessenta anos.

Regimes de bens vigentes no Brasil

Regime de comunhão parcial de bens

Este é tido como o regime oficial, também chamado de “regime legal de bens”, desde o advento da Lei do Divórcio (nº 6 515), em 15 de dezembro de 1977.

Segundo o artigo 1 640: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial.” No caso deste regime, dispensa-se a realização do pacto antenupcial, advindo “[...] um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro”.⁴

Neste regime comunicam-se todos os bens adquiridos durante a vigência da sociedade conjugal a título oneroso, sendo particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os que lhe sobrevierem na constância do matrimônio, por doação, sucessão ou sub-rogados a estes, em conformidade com os artigos 1 659 e 1 661 do Código Civil. Portanto, “formam-se três massas de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns”.⁵

Destaca-se o teor do artigo 1 660, incisos I ao IV, do Código Civil ao informar o ingresso na comunhão dos bens a título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges, os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges e as benfeitorias em bens particulares de cada um dos cônjuges. Ainda, a incomunicabilidade não alcança frutos dos bens, independentemente de serem advindos dos bens particulares ou comuns, em conformidade com o art. 1 660, inciso V do Código Civil.

Regime de comunhão universal de bens

Antes do advento da lei nº 6 515, de 1977, este era o regime legal/oficial, visto que atendia a uma realidade diversa da atual, qual seja, as pessoas casavam mais cedo e adquiriam seu patrimônio, essencialmente, durante o casamento.

Assim, entendia-se sociedade conjugal a comunhão de todos os bens presentes e futuros, conforme está previsto no artigo 1 667 do Código Civil.

A particularidade do regime leva à noção de que há “[...] praticamente, uma despersonalização do patrimônio individual, surgindo um patrimônio indivisível e comum, sem definir especificar ou localizar a propriedade nos bens”. Merece ser observado que essa comunhão de vida e de bens deve ser manifestada através da escolha, quando possível, e da realização de um pacto antenupcial, o qual nada impede, podendo-se excluir ou incluir alguns bens sem descaracterizar o curso do regime.

Sem dúvida, os bens mencionados no artigo 1 668 permanecem patrimônio particular de cada um dos consortes, não pertencendo aos dois cônjuges e não possibilitando ingresso na sociedade conjugal. Guarda-se destaque aos gravames restritivos do direito à propriedade, como no caso dos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e todos aqueles sub-rogados em seu lugar (artigo 1 668 e seus incisos), salvaguardados pelo legislador para proteger o sagrado direito à propriedade.

Regime de separação de bens e a separação obrigatória ou legal

Sem dúvida, entre os quatro regimes, este é o que preserva a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges. Todavia, duas ressalvas são importantes: a primeira, a existência do regime de separação total ou absoluta de bens, por livre conveniência das partes, disposto no respectivo pacto de bens e passível de várias formas de elaboração do conteúdo

deste contrato e suas respectivas cláusulas; a segunda, a existência da imposição, advinda da lei, quando incorrer nas hipóteses consignadas no artigo 1 641, da separação obrigatória de bens.

Leve-se em consideração a discussão acerca da aplicação ou não da súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que define: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo esclarece: “No regime de separação legal, a exegese mais correta é a que sustenta a comunicabilidade dos aqüestos, quando formados pela atuação comum do marido e da mulher.”⁶

De qualquer sorte, parece que o novo Código Civil não pretende seguir o que a jurisprudência já vinha adotando quando da aplicação da súmula nº 377 do STF; caso contrário, poderia ter excluído os casos de obrigatoriedade do regime de separação legal de bens. Conclusão lógica é que a aplicação da súmula determina regime de bens diverso do prelecionado pela legislação infraconstitucional, ou melhor, pelo silêncio da lei civil nesse sentido. De qualquer forma, autorizada sua aplicação, teríamos um regime determinante de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, obviamente resultantes de esforço comum. Não é esse, contudo, somente caracterizado quando decorre de trabalho específico numa atividade econômica, com atuação extraluar e percepção de remuneração, mas, sim, no apoio emocional, sem atuação profissional lucrativa, mas envolvendo administração da casa, cuidados com os familiares e presença constante na forma de constituir família.

Nesse sentido, fica evidente o dever de atendimento quanto à repersonalização da

família, ou seja: “[...] ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito.”⁷

No tocante ao livre direito de escolha, de comum acordo, persistirá a existência de patrimônio distinto, não havendo a construção da chamada “sociedade conjugal” no aspecto patrimonial. Nesse sentido, respeita a autonomia e personalidade de cada um dos nubentes, possibilitando aos noivos, por exemplo, casar pelo regime de separação de bens, mas definindo expressamente que um determinado imóvel seja comum entre ambos. Nesse caso, o oficial registrador, conforme o pacto antenupcial, deverá celebrar o casamento pelo regime-base (separação de bens), cabendo aos cônjuges, quando do término ou dissolução da sociedade conjugal,⁸ trazer em juízo tal fato para partilha do bem especificado. Nada impede, se determinados bens forem adquiridos em comum, que seja expressamente estabelecido um condomínio.

Mesmo estabelecido o regime de separação de bens na forma total, plena ou absoluta, não elide o reconhecimento da sociedade de fato, desde que tenha havido esforço comum para formação do patrimônio; caso contrário, poderia ser considerado enriquecimento ilícito. A interpretação pode ser diversa se a disposição em pacto estabelecer forma diversa em caso de atuação comum da esposa e do marido, porém com registro em nome exclusivo de um dos cônjuges.

Resta saber como podem aceitar a imposição do regime de separação, nos

casos obrigatórios, sem compreender as possibilidades posteriores, ou seja, na dependência de uma orientação emanada futuramente pelos tribunais. Situação diversa é atribuída àqueles que optam por permanecer na sociedade conjugal com patrimônios distintos e particulares (separação absoluta), podendo, inclusive, dispensar a autorização do outro cônjuge para alienar ou gravar de ônus real bens imóveis, pleitear acerca de seus direitos como autor ou réu, prestar fiança ou aval e fazer doação de seus bens, que não haverá meação decorrente do regime escolhido.⁹

Regime de participação final nos aqüestos

Novidade, surgida com o advento do novo Código Civil, esta já nasce carente de compreensão, situação demonstrada pela realidade fática.¹⁰ Trata-se de um regime misto, de difícil compreensão prática. Assim, durante a constância do casamento vigora o regime da separação de bens,¹¹ com administração exclusiva do seu próprio patrimônio, podendo livremente alienar se forem móveis.¹² Entenda-se patrimônio próprio todo aquele que “cada cônjuge possuía ao casar e por ele adquirido, a qualquer título, na constância do casamento”.¹³

Entretanto, advinda a dissolução da sociedade conjugal, a lei determina regime diverso. Passa-se, em termos gerais, ao regime de comunhão parcial de bens, respeitadas as considerações do artigo 1 674:

Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - as bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

É imperioso ressaltar que, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis, ou seja, não conseguindo prova em contrário, o bem móvel de patrimônio individual ou próprio passa a configurar conteúdo dos aqüestos.¹⁴ É essa situação idêntica àquela no regime de comunhão parcial, quando há presunção de aquisição durante a constância do casamento, não se provando data anterior em caso de bens móveis.¹⁵

No pertinente aos bens imóveis, o teor do artigo 1 681 é taxativo: “Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.” Segue-se em seu parágrafo único: “Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.”¹⁶ A inversão do ônus da prova, neste caso, demonstra que o regime, em caso de ruptura conjugal, não adquire feições idênticas às do regime de comunhão parcial de bens. Tendo em vista que os bens imóveis, no conteúdo do regime de comunhão parcial de bens, neste caso, fariam parte da meação dos cônjuges, não importa, de regra, o nome constante no registro se adquiridos onerosamente na constância do casamento.¹⁷

É de salientar que as dívidas, sendo superiores à meação, não obrigam o outro cônjuge ao seu pagamento, mormente aos seus herdeiros.¹⁸ Qualquer forma de ajuda mútua é entendida em termos de sociedade empresarial; assim, na inteligência do artigo 1 678, “se um dos cônjuges solveu a dívida do outro com bens de seu patri-

mônio, o valor deve ser imputado e atualizado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge”. Por isso, se o casamento perdurar por muitos anos, certamente os bem informados e prevenidos guardarão comprovantes e mais comprovantes, a fim de não terem surpresas no final, ou melhor, em caso de dissolução. Perguntaria se não seria caso de notória alegação de má-fé, pois, tradicionalmente, ninguém, a menos que pretenda romper com a união, guarda ao longo de uma vida feliz em comum uma série de notas e demonstrativos fiscais.

Possibilidade de violação das garantias constitucionais e contratuais

O direito à liberdade: atendimento ao princípio da autonomia de vontade e ao princípio da mutabilidade do regime de bens

O direito à liberdade, ou seja, a liberdade de escolha do regime de bens diante do tema proposto, somente poderá ser pleno se atendido o dever de informar ainda na fase pré-contratual e não havendo inclusão nos casos condicionados às situações do artigo 1 641 da legislação infraconstitucional civil vigente.¹⁹ Assim, podemos concluir que, nesses casos, não haverá atendimento ao princípio da autonomia de vontade, pois em meio a uma aparência protetiva lembrando-se das propriedades de cada um dos cônjuges, não do seu direito de escolha, ocorre a violação da liberdade na autonomia de decisão e ao menor no teor infraconstitucional, impedindo,

em alguns casos, a posterior mudança no regime de bens.

As razões para tal encontram respaldo em concepções antigas, resultantes do longo período em que tramitou o projeto do novo Código Civil, agora vigente. Comprovando tal posição, tem-se a imagem traduzida nos casos em que haveria justo motivo para o legislador impor limites quanto à autonomia de vontade na livre escolha do regime de bens, pelo exclusivo fato de a pessoa possuir idade biológica superior aos sessenta anos. É importante ressaltar a respeito:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.²⁰

Em face do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal e da inconstitucionalidade do art. 1 641, inciso II, no atual Código Civil, reafirma-se ser preconceituosa a regra permitida anteriormente pelo legislador brasileiro. Como resultado, chega-se à conclusão de que a restrição imposta é inconstitucional perante o atual sistema jurídico, que tutela a dignidade da pessoa humana por violar o direito à liberdade e à propriedade. Revela-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

Nessa linha, valem os argumentos extraídos da noção de constitucionalização do direito de família:

Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil.²¹

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão posterior à vigência do novo código, afirmou:

[...] A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.²²

O desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, na mesma decisão, afirmou em seu voto:

Modestamente aporia mais um elemento nesta linha. É que, inclusive no regime da separação obrigatória, na vigência do antigo Código, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia decretado a possibilidade da comunhão dos aqüestos, o que representava, mediante a Súmula nº 377, uma verdadeira perfuração da rocha monolítica, como era considerada a separação. Com a entrada em vigor do Novo Código, questiona-se se esta Súmula estaria ainda em vigor, mas a festejada doutrina dos comentadores do Código entende que se manteria, portanto, o regime da comunhão dos aqüestos.²³

Nos demais casos do art. 1641, inciso I, do atual Código Civil observa-se que aqueles que realizarem o casamento com inobservância das causas suspensivas mencionadas no artigo 1523,²⁴ por questões práticas, evitando a confusão de patrimônios no momento da identificação, serão beneficiados com a determinação legal. Portanto, não estão impedidos da alterabilidade do regime de bens cessadas as causas suspensivas.

Já pelo inciso II, nos casos em que for concedido suprimento judicial para os menores de dezesseis anos,²⁵ entende-se não haver obstáculo para futura alteração do regime de bens, desde que atendidas as exigências do artigo 1639, parágrafo 2º, do Código Civil. Inobstante, a posição manifestada pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos é a seguinte:

Não será possível a modificação do regime de bens daqueles casais que celebram o matrimônio nas circunstâncias do artigo 1.641, incisos, I, II e II, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do artigo 1.523 [...]. Interessante hipótese, no entanto, ocorrerá [...] vindo mais tarde, ao longo do casamento a desaparecer a causa suspensiva (v.g., um divorciado que não realizara a partilha e que venha depois a completá-la). Neste caso, tenho que nenhuma razão haverá que impeça a mudança do regime de bens [...].²⁶

Especificamente, as exceções ao princípio da autonomia de vontades estão apontadas no artigo 1640: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” E

também, nos casos em que a lei impõe a submissão, não havendo livre disposição, conforme está disposto no artigo 1 641 do Código Civil:

É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:

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

II - Da pessoa maior de sessenta anos;

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

Nesse sentido, Orlando Gomes afirma:

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 [...]. Na escolha há liberdade, mas o legislador por *motivo de precaução ou para punir os nubentes*, impõe em certos casos, determinado tipo (regime obrigatório). (grifo nosso).²⁷

Ressalva-se que somente havendo possibilidade de escolha entre os quatro regimes (ou mesmo combinados entre si),²⁸ sendo atendido o dever de informação, e, portanto, conhecendo as conseqüências contratuais ou extracontratuais, é possível afirmar o respeito ao exercício dos direitos fundamentais, incluindo-se a “[...] autonomia pessoal, isto é, na liberdade” (no sentido de capacidade para liberdade).²⁹

Como reflexo, a concretização do direito à liberdade pessoal, “como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade), reclama a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral”.³⁰ Daí se concluir que o legislador estabeleceu, por meio de critérios sociais, para quem

deve vigorar o princípio da liberdade ou é garantido o princípio da autonomia de vontade, quanto à possibilidade de escolha do regime de bens no casamento. Excluiu, portanto, desse rol os maiores de sessenta anos, considerando-os sem capacidade para escolha do regime de bens, sem condições para determinar o conteúdo patrimonial e sucessório que irá vigorar na sociedade conjugal estabelecida após a idade cronológica estabelecida por lei.

A proteção de valores existenciais do ser humano como prioritários em relação a situações meramente patrimoniais

As transformações econômicas e sociais ocorridas principalmente a partir do século XX levaram à reestruturação jurídica da sociedade contemporânea, trazendo grandes reflexos ao direito de família contemporâneo, que deixou de ser patriarcal e transpessoal para fundar-se, primordialmente, no afeto. Dessa forma, “a família despe-se da sua condição de unidade econômica e passa a ser uma unidade afetiva, uma comunidade de afetos, relações e aspirações solidárias”.³¹ Nesse mesmo sentido, João Sebastião de Oliveira explica:

É neste contexto que se fala em “despatrimonialização” da família, ou seja, em abandono da estreita e unilateral visão do legislador de 1916, para dar guarida à “repersonalização” da família, ou seja, ao resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção. Entre eles: afetividade, liberdade, diálogo, compreensão, carinho e toda característica que prestigie o mútuo respeito.³²

É na ótica da constitucionalização, e das conseqüentes despatrimonialização e repersonalização do direito de família, que se deve analisar o art. 1 641, II, do novo Código Civil, segundo o qual é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos. Cabe identificar que a imposição contida em lei infraconstitucional não se coaduna com a visão contemporânea de valorização da pessoa humana, nem com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, nem mesmo com os objetivos fundamentais da Carta de 1988, como a igualdade e a liberdade.

O princípio da igualdade, assegurado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, garante que a lei deve dar a todos o mesmo tratamento jurídico ao prescrever: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” Também o art. 3º, IV, da Constituição estabelece como princípio fundamental a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, *idade* e quaisquer outras formas de discriminação”. Assim, os nubentes com mais de sessenta anos não podem ser impedidos do exercício da autonomia de vontade, inclusive na escolha do regime de bens de seu casamento, sem imposição legal do regime de separação obrigatória de bens.³³

Nesse sentido, Rolf Madaleno, ao comentar o art. 1641, II, do novo Código Civil, afirma: “Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função de seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.”³⁴

Com o advento da despatrimonialização e o surgimento do fenômeno da repersonalização, tornou-se importante

“repor a pessoa como centro do direito civil, passando o patrimônio para segundo plano”, porém não significando “[...] que haja o completo abandono da regulamentação acerca do patrimônio”.³⁵ Evidencia-se a importância de se destacar que a despatrimonialização e a repersonalização das relações familiares não pressupõem a total negação do caráter patrimonial do direito de família.

O legislador, contrário a esse pensamento, quando da elaboração da norma contida no art. 1 641, II, do novo Código Civil, acabou permitindo³⁶ a permanência do critério limitador da autonomia de vontade e liberdade individual na escolha do regime de bens. Baseando-se em critério exclusivamente cronológico, em nada determinante para identificá-los, os nubentes com idade superior a sessenta anos, são tidos como sem capacidade plena para se autodeterminarem diante de expectativa de vida atual e das condições mentais/intelectuais identificadas na sociedade brasileira.

Conclusões

O não-atendimento à liberdade individual na possibilidade de escolha consciente, compreendendo os reflexos patrimoniais³⁷ advindos da relação matrimonial, reflete-se no não-atendimento aos direitos fundamentais preconizados pela Constituição Cidadã de 1988.

Faz-se necessário perceber que, no plano do direito, existem os sujeitos de direito³⁸ e aqueles com direitos hipotéticos, ou seja, aqueles que apenas são parte de um conceito formal definido pela lei. Isso leva a admitir uma injusta e desigual ordem

social, na qual poucos podem figurar em situação de igualdade. Em outras palavras, há uma “igualdade jurídica a que não corresponde uma igualdade real”.³⁹

Afinal, quem é o sujeito de direito no sistema jurídico brasileiro?

Para o sistema jurídico de direito civil, e, portanto, esse sistema de direito privado codificado e edificado,⁴⁰ os sujeitos, nas suas relações, aparecem como pessoas juridicamente iguais.⁴¹ Ocorre que determinados sujeitos podem estar fora dessa classificação: mesmo sendo pessoas, não são, necessariamente, sujeitos de um determinado direito, como ocorre nos casos do casamento dos maiores de sessenta anos, visto que o sistema determina e regula juridicamente os limites da liberdade, oferecendo proteção⁴² tão-somente aos que não ultrapassam os limites estabelecidos pelo poder público.

Cabe ao direito estabelecer a concretização dos valores fundamentais do ser humano com base nos seus instrumentos jurídicos, operacionalizando o alcance dos interesses, a realização de atos e atividades dos indivíduos para que esses “não contrastem com a segurança, liberdade e dignidade humana”.⁴³

A intervenção estatal nas relações privadas deve vir acompanhada do respeito aos direitos individuais, impedindo a vitória de uma aparente liberdade e de uma autonomia de vontade restrita, não devendo determinar aos que possuem mais de sessenta anos a conclusão de uma idade-limite para vigência do direito à escolha do regime de bens no casamento.

Abstract

The legal imposition of obligatory possessions separation regime, to people who is older 60, inhibits the couple's manifestation of wishes autonomy in the provision about their possessions. As consequence, the possessions acquired after the wedding will remain private, not having a common patrimony, and so, no right to the *meação*. Face to the article 1st, incise III, of Federal Constitution, the unconstitutionality of article 1641, incise II, in the current Civil Code, reaffirms a prejudiced rule before allowed by the Brazilian legislator. It is claimed that the Civil Law's constitutionalization phenomenon in the Family and Succession Law interpretation and application based on the fundamental principles that are included in the Constitution, linkers of the whole legal order due to its supremacy of rules. Due to the social changes its unacceptable such an intervention by the State, when it (the State) should care about the private relation's protection, valuing the links that really unify it: the ones from love, solidarity, companionship, liberty and equality. It is concerned if there should be a fair reason to the legislator to impose limits to the wishes autonomy, in the free possessions' regime choice, due to the fact that the person has a biological age over 60. It's been used the deductive approach method and the comparative and structuralist methods as way of procedure. The technical of research is bibliographical. As results, it's possible to conclude that the imposed restriction is unconstitutional, face to the current legal system that tutorials the human person's dignity, braking the right to the liberty and to the property. It is showed,

O critério legal do regime da separação...

so, inconvenient the presumption of incapability by the age's implement.

Key words: wishes autonomy, human dignity property, liberty, possessions regime.

Referências

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

_____. Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70004348769 da 7ª Câmara Cível. Rel. Maria Berenice Dias. Julgado em 27 ago. 2003.

CARVALHO, O. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981.

DONADEL, A. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, S. G. (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, L. E. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. Paraná: Curitiba, 1994. (Série Jurisprudência cível e do comércio, 172).

GOMES, O. *Direito de família*. Atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOZZO, D. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

LEITE, E. O. *Direito civil aplicado: direito de família*. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LÔBO, L. P. N. Constitucionalização do direito civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 maio 2004.

MADALENO, R. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MOARES, M. C. B. *A caminho de um direito civil constitucional*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 30 maio 2004.

OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIZZARDO, A. *Direito de família: lei nº 10 406, de 10/1/2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, S. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotação ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, L. F. B. A mutabilidade do regime de bens. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295>. Acesso em: 30 jun. 2005.

SARLET, I. W. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, E. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 447-482.

VENOSA, S. S. *Direito civil: direito de família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

WALD, A. *O novo direito de família*. 14. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

Notas

- ¹ BRASIL. Lei nº 10 406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- ² MADALENO, R. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 162.
- ³ Não esquecendo a possibilidade de mutabilidade: alteração do regime de bens entre os cônjuges, mediante autorização judicial, respeitados os elementos do artigo 1 639, parágrafo 2º do Código Civil.
- ⁴ RODRIGUES, S. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. Atual. por Francisco José Cahali, com anotação ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 206.
- ⁵ MADALENO, R. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 167.
- ⁶ RIZZARDO, A. *Direito de família: lei nº 10 406, de 10/1/2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 662.
- ⁷ OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 248.
- ⁸ A sociedade conjugal termina: pelo falecimento, nulidade ou anulação, pela separação ou divórcio – art. 1571, incisos I ao IV; dissolve: morte ou pelo divórcio – art. 1 571, parágrafo 1º do NCC.
- ⁹ Em conformidade com o teor do artigo 1 647 e incisos do Código Civil.
- ¹⁰ Na cidade de Passo Fundo - RS, até a data de 27 de junho de 2005, só há um pacto antenupcial realizado diante da escolha deste regime.
- ¹¹ Não se aplicando a incidência do disposto no artigo 1 647 e incisos do Código Civil.
- ¹² Conforme artigo 1 673, parágrafo único, do Código Civil.
- ¹³ Conforme artigo 1 673, *caput*, do Código Civil.
- ¹⁴ Conforme artigo 1 674, parágrafo único, do Código Civil.
- ¹⁵ Conforme artigo 1 661, do Código Civil.
- ¹⁶ Necessitariam consultar um criterioso advogado familiarista, o que não é praxe no Brasil, antes do casamento, mormente, para administrar consequências desta escolha.
- ¹⁷ Em conformidade com o artigo 1 660, inciso I do Código Civil, lembrando que a tradição patrimonialista evidencia o registro no nome do marido, em caso de bens.
- ¹⁸ Conforme artigo 1 686, do Código Civil.
- ¹⁹ Conforme considerações feitas nas noções introdutórias sobre o tema e no item 1.2.3 Regime da separação de bens e a separação obrigatória ou legal do presente artigo.
- ²⁰ LÔBO, L. P. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 maio 2004. p. 8.
- ²¹ LÔBO, L. P. N. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 30 maio 2004. p. 12-13.
- ²² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível nº 70004348769, Rel. Des^a. Maria Berenice Dias, julgada em 27 ago. 2003 (grifo nosso).
- ²³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, op. cit., 2003.
- ²⁴ São circunstâncias que permitem o casamento se houver autorização judicial; ainda que infringidas, não constituem invalidação do ato. Adverte-se que às pessoas nessas condições será determinado o regime de separação obrigatória de bens.
- ²⁵ Em casos excepcionais será permitido o casamento daqueles que não atingiram a idade núbil, conforme teor do artigo 1 520 do Código Civil.
- ²⁶ Artigo de sua autoria veiculado no site http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2295.
- ²⁷ GOMES, O. *Direito de família*. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio e Janeiro: Forense, 2002. p. 172.
- ²⁸ A exemplo de cláusula em pacto antenupcial determinando a inclusão ou exclusão de algum bem móvel ou imóvel em regime de comunhão universal de bens.
- ²⁹ SARLET, I. W. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.
- ³⁰ SARLET, I. W. S. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 94.
- ³¹ SILVA, E. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 447-451.
- ³² OLIVEIRA, J. S. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 248.
- ³³ Sem definição, ainda, sobre a aplicação da súmula STF nº 377, dando conteúdo diverso da previsão legal.
- ³⁴ MADALENO, R. Do regime de bens entre cônjuges. In: DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 178.

O critério legal do regime da separação...

- ³⁵ DONADEL, A. Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família. In: PORTO, S. G. (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 14.
- ³⁶ Tal como vinha sendo aplicado no antigo Código Civil (1916), porém, antes, o critério limitava do maior de sessenta anos e da maior de cinquenta anos; no antigo artigo 258, inciso II do Código Civil de 1916.
- ³⁷ Entendendo-se que os reflexos extrapatrimoniais não podem ser atribuídos ao serviço notarial.
- ³⁸ Sujeito de direito: “Aquele que tem bens, patrimônio sobre si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias.” FACHIN, L. E. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. Paraná: Curitiba, 1994. p. 49. (Série Jurisprudência cível e do comércio, 172).
- ³⁹ CARVALHO, O. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. p. 11.
- ⁴⁰ Hoje é inaceitável a rígida contraposição entre o direito público e o privado.
- ⁴¹ Visão ultrapassada diante da realidade da constitucionalização do direito civil.
- ⁴² Proteção dita infraconstitucional e no momento de processo de habilitação para o casamento civil, quando não será realizado pacto antenupcial, apenas constando a observação do regime obrigatório de bens.
- ⁴³ PERLINGIERI, P. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 19.

Endereço

Beatriz Helena Braganholo
Avenida Brasil, 320/503
Passo Fundo - RS
CEP: 99010-000
E-mail: braganholo@upf.br