



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Regime da Separação Legal de Bens para maiores de 60 anos

Claudia Menaged Lopes

Rio de Janeiro
2009

CLAUDIA MENAGED LOPES

O Regime da Separação Legal de Bens para maiores de 60 anos

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS PARA MAIORES DE 60 ANOS

Claudia Menaged Lopes

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro –
UFRJ. Advogada.

Resumo: O presente estudo objetiva perquirir da validade e interpretação do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, bem como do Enunciado 377 da Súmula de Jurisprudência do STF, à luz do ordenamento constitucional, a partir da análise de suas origens e fundamentos. Trata-se de limitação imposta aos maiores de sessenta anos ao se casarem, impedindo a escolha do regime de bens que pretendam adotar, obrigados que estão ao regime da separação de bens, que ganha contornos bem peculiares com o enunciado do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Família, Casamento, Regime de Bens, Idoso, Direitos e Garantias Individuais, Dignidade.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – A Família. 3 – A Família Matrimonializada. 4 – O Regime de Bens. 5 – O Enunciado 377 do STF. 6 – Alterações Legislativas quanto aos Regimes de Bens. 7 – Princípios Constitucionais Relacionados ao Idoso - Os valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana. 8 – Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 – INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tem especial relevo na tutela dos interesse dos idosos. Para essa parcela da população, já na fase final da jornada, mais do que viver por mais tempo, em geral importa viver com dignidade, com qualidade, com a companhia de quem se ama, com respeito a suas opiniões e vontades.

Em 2003 foi promulgado o Estatuto do Idoso, buscando a concretização dessa garantia constitucional e dos demais direitos individuais titularizados pelo idoso como pessoa física que é, mediante o estabelecimento de uma série de normas jurídicas.

A imposição do regime da separação de bens ao casamento em que um dos nubentes seja maior de sessenta anos, contudo, vai na contramão dessas garantias constitucionais e relevantes conquistas legislativas. O que, em tempos remotos, foi concebido para proteger a sobrevivência de pessoas então consideradas hipossuficientes, alvos fáceis para aproveitadores, hoje não mais se justifica, diante da evolução social.

O presente estudo busca desvendar as razões para tal restrição, assim como para a mitigação que esta sofreu com a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), cotejando as disposições legais – em especial a redação do atual Código Civil – com os princípios constitucionais aplicáveis à espécie. A mudança substancial no foco interpretativo da proteção da família pelo Estado, e o papel do indivíduo nesta, são aspectos importantes a demonstrar como a evolução da sociedade é capaz de alterar o direito.

2 – A FAMÍLIA

A conceituação de família na antiguidade – no Código de Hamurabi, no Código de Manu da Índia, no Código Chinês de Ta Tsing Len, nas leis antigas de Israel, os cinco livros de Moisés, na Bíblia – admite a coexistência de três espécies: o casamento religioso, fundamental; depois, o casamento por compra ou rapto simulados da mulher; e o casamento de fato, chamado de clandestino, que é a simples convivência como marido e mulher.

No Direito Romano, constituía-se por uma das seguintes formas: a) pela *confarreatio*, que consistia em uma cerimônia religiosa, reservada ao patriciado, com excessivas formalidades, com a oferta a Jupiter de um pão de farinha, que os nubentes comiam, juntos, realizada perante dez testemunhas e perante o Sacerdote de Júpiter; b) pela *coemptio*, casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se, pela forma, à *mancipatio*; e c) pelo *usus*, que era o casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório, que,

automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal (*trinoctii usurpatio*), previsto este na Lei das XII Tábuas, de 450 a.C.

Nas Ordenações Filipinas, de 1603, constava que o casamento seria por palavras, de presente, à porta da igreja ou fora dela, com licença do prelado, tratando-se do casamento religioso; *per scriptura*, perante duas testemunhas, documentado não por um documento *ad solemnitatem*, mas *ad probationem tantum*, tão-somente para que as partes tivessem um documento desse ato de união; ou então o casamento de conusudos, no qual o homem e mulher que convivessem por longo tempo ficavam conhecidos como marido e mulher. Hoje, união estável; naquela época, casamento de fato ou clandestino.

A família era, de todo modo, uma instituição destinada à procriação, e composta de duas pessoas de sexos distintos. Uma comunhão de vida que inclui os deveres conjugais de cuidar da do grupo familiar e de haver relações sexuais entre o casal, motivo pelo qual até hoje o Código Canônico dispõe que “*a impotência para copular, antecedente e perpétua, absoluta ou relativa, por parte do homem ou da mulher, dirime o matrimônio por sua própria natureza*” (Cânone 1.084, §1º).

Àquela época não existiam os modernos métodos e medicamentos para curar a impotência sexual, que afligia principalmente os mais idosos. Forçoso se concluir que, diante da disposição do Código Canônico, o casamento sobretudo dos homens de idade acentuada não era bem aceito.

A infertilidade, apesar de impeditiva da procriação, nem sempre era conhecida das pessoas antes de se casarem. E, para não violar o sacramento do casamento, para não se admitir a separação, é que a infertilidade não é considerada por tal diploma como motivo para a nulidade do matrimônio religioso (§ 3º). Só é inválido, em caso de infertilidade, quando aquele cônjuge infértil tiver conhecimento de sua condição antes de casar-se e não o

comunicar ao outro, havendo dolo de sua parte em obter o consentimento matrimonial (Cânone 1.098).

A mulher era, eminentemente, procriadora. E em razão desta sua condição peculiar, em muitas culturas era tratada como objeto, não-sujeito de direitos, sem voto, sem instrução, onde as relações de afeto eram bastante diferenciadas. Para filósofos como Platão e Aristóteles, o verdadeiro amor só era possível entre os homens (dotados de razão), pois as mulheres eram símbolo das virtudes sensíveis e dos prazeres físicos, condições estas que as impediam de alcançar a plenitude da razão. Para Plutarco, era impossível o amor verdadeiro entre homem e mulher porque entre eles era natural o desejo carnal e tal união só podia ser física e não espiritual.

De certo modo, para estes filósofos, a comunhão plena de vida, a realização como indivíduo, eram próprias dos relacionamentos entre homens. O casamento, por seu turno, representava um objetivo específico, e a família uma limitação a seus integrantes, onde cada um tinha o seu papel e seus deveres, guiados por um *pater-familias*.

A família dos tempos atuais parte de uma conceituação diametralmente oposta. Nas sociedades ocidentais, a mulher tem participação cada vez mais constante na educação, política, economia, alcançando uma igualdade com os homens que permite esta comunhão plena. Esta mesma família, por seu turno, já não se pretende mais um dogma a tolher seus indivíduos, mas um meio de realização das individualidades. Hoje, não é o indivíduo que serve à família, que precisa mantê-la a todo custo, mas esta que serve àquele, à sua realização pessoal. A família é meio para que o indivíduo progrida.

No dizer de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, (2008) “*O casamento tem de servir às pessoas. Ele é meio, instrumento, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade.*”

O casamento de pessoas com mais de sessenta anos não mais é visto com as reservas de antigamente, na sociedade ou na lei. Hoje, os idosos possuem à sua disposição métodos de cura para a impotência, viabilizando relacionamento sexual com a esposa. Ainda que não os utilizem, hoje o relacionamento sexual é posto em seu devido lugar, como apenas uma das facetas do relacionamento conjugal, que inclui também o amor, a cooperação mútua, o respeito, o companheirismo. Não há mais lugar para se impor, na esfera privada e dentro de uma perspectiva de amor e busca da felicidade de um casal, que seu relacionamento deva necessariamente contar com relações sexuais para existir como casamento.

Considerando também as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial, da autonomia da vontade, a lei infraconstitucional não pode limitar a formação de uma família em virtude da idade dos cônjuges ou mesmo de sua orientação sexual.

Como são muitas as orientações e desejos dos indivíduos, muitos são também os tipos de família que hoje se vê nas sociedades. Há as famílias constituídas por homem e mulher, com o sacramento do casamento religioso ou civil, ou sem sacramento algum (informais), as famílias reconstituídas (de pais separados, que se casam de novo, gerando meio-irmãos aos filhos do casamento anterior) e as famílias monoparentais (em que só há um dos pais).

Eminentes juristas, como MARIA BERENICE DIAS (2007), CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD (2008), elencam ainda outros tipos de famílias, também com base na comunhão de vidas que esta hoje representa: as famílias homoafetivas (da união entre dois homens, ou entre duas mulheres); as anaparentais (expressão utilizada por SÉRGIO RESENDE BARROS e referida por MARIA BERENICE DIAS (2007) – constituída por pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, como por exemplo: duas irmãs solteiras que vivam sob o mesmo teto e que tenham juntas amealhado patrimônio comum); e a família eudemonista (em que as pessoas estão ligadas entre si por vínculos de amor e de amizade, em que o respeito e a solidariedade sejam as pedras angulares que norteiem tais relações).

A Constituição Federal brasileira, de 1988, ao dispor sobre a proteção à família, não limita o seu reconhecimento a uma família matrimonializada. Ao contrário, traz nos parágrafos do seu art. 226 exemplos de outras famílias, que não a composta apenas pelo casamento, assim classificando e protegendo a família informal (advinda da união estável entre homem e mulher) e a monoparental. É neste caráter exemplificativo da norma constitucional que se sustentam as concepções de que outras podem ser as espécies de família em sociedade, a merecer proteção e reconhecimento como tal, ainda que não regulamentadas por norma infraconstitucional.

Segundo CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD (2008), “*a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade, e despida de qualquer preconceito, porque tem como “pano de fundo” o macroprincípio da dignidade da pessoa humana*”. Deste modo, uma interpretação sistemática do art. 226 da Constituição Federal de 1988 leva à conclusão de que as espécies de família postas nos parágrafos constitui rol exemplificativo, que não exclui a formação de outros tipos de família que também representem comunhão plena de vida, atendendo aos anseios do indivíduo.

O presente estudo trata do regime de bens no casamento de maiores de sessenta anos. Todavia, as questões aqui tratadas devem ser tidas como relacionadas também às demais espécies de família, medida de isonomia no tratamento destas.

3 – A FAMÍLIA MATRIMONIALIZADA

O casamento sacramentalizado já existia desde o Direito Romano, com a *confarreatio* (eminentemente religioso) e a *coemptio* (costume civil). No Código de Direito Canônico, o matrimônio é definido como sendo “*O pacto pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre batizados foi elevado por*

Cristo nosso Senhor à dignidade de sacramento. Pelo que, entre baptizados não pode haver contrato matrimonial válido que não seja, pelo mesmo facto, sacramento.” (art. 1055).

No Brasil, até a edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento sacramentado era exclusividade da Igreja, assim como era desta o monopólio dos registros de nascimentos e óbitos. Com o Decreto, o casamento passou a ser civil e formal, secularizado, e agora monopólio do Estado, que se pretendia laico.

O Estado brasileiro deixa de considerar válido tanto o casamento de fato quanto o casamento religioso, sendo necessária a celebração deste na forma civil. Posteriormente, admitiu-se no ordenamento jurídico o casamento religioso com efeitos civis, desde que fosse realizada a habilitação civil (através da qual se verifica se existem ou não impedimentos ao matrimônio).

No texto constitucional de 1967, com a redação de 1969, o casamento é considerado como o único meio de formação da família reconhecido pelo Estado. Em seu art. 175, dispunha: *“A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”*

O Código Civil de 1916, acerca do tema, estabelecia em seu artigo 12 que os casamentos, nascimentos e óbitos são inscritos em registro público. Nos artigos 180 e seguintes, elenca as formalidades para a celebração do casamento, incluindo sua habilitação perante o oficial do registro civil. Em janeiro de 1919 é editado o Decreto nº 3.275, que faz correções ao Código de 1916, sem grandes alterações quanto ao caráter formal do casamento.

Com a promulgação da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, há uma mudança substancial nos direitos da mulher decorrentes do casamento. A mulher passa a auxiliar o marido na chefia da sociedade conjugal, além de outras alterações ao Código Civil, estipulando maior igualdade entre ambos, evolução que aproxima o instituto da sua concepção atual.

Outras alterações substanciais vieram com a Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio, que serão tratadas posteriormente, em capítulo próprio relativo aos regimes de bens no casamento.

Acerca da natureza jurídica do casamento, três teorias distintas se formaram: a) *natureza negocial*, entendendo-se que por decorrer da vontade das partes, seria um negócio jurídico, não se confundindo porém com contrato; b) *natureza institucional*, uma situação jurídica segundo parâmetros legais, regras impostas pelo Estado; e c) *natureza mista ou eclética*, uma conciliação entre as duas teorias anteriores, composto de características contratuais e institucionais.

Segundo PAULO NADER (*apud* CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, 2008) “*trata-se de negócio jurídico complexo, pois se perfaz com o consentimento dos interessados.*”

Para SILVIO RODRIGUES (*ibidem*, 2008), casamento é “*o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência*”, conceito que parece se situar na terceira corrente, conjugando aspectos das duas primeiras.

Fosse unicamente um contrato, o casamento poderia ser dissolvido pelos contratantes por mero distrato, afastando a intenção do legislador em manter o matrimônio como uma instituição que gera efeitos independentemente da vontade dos cônjuges. A Constituição Federal de 1988, seguindo essa idéia, expressou em seu artigo 226, §6º, que o “*casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos*”, caso em que o processo judicial também seria necessário.

De fato, não mais se concebe atualmente a idéia de que o casamento seja indissolúvel, uma prisão ao indivíduo. Numa sociedade que passa a ter o casamento como meio de realização e busca da felicidade do indivíduo, não há mais espaço para a anulação dos

anseios do indivíduo, em prol da manutenção de uma relação falida.

Todavia, diante da necessidade de proteção também da prole, o divórcio sujeita-se ao crivo do Judiciário, mantendo um certo caráter secular à instituição.

Com o advento da Lei nº 11.441, em 04 de janeiro de 2007, passou a ser admitido o divórcio pela via extrajudicial em alguns casos definidos na lei, tornando desnecessário o processo de jurisdição voluntária de que este outrora necessitava, e fortalecendo este conceito de que predominaria a natureza contratual ao casamento.

4 – O REGIME DE BENS

Dispõe o atual Código Civil (Lei 10.406/2002) que *“É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”* (art. 1.639). Segundo CARLOS DIAS MOTTA (2007), trata-se de manifestação legal do princípio da liberdade relativa de estipulação do regime matrimonial de bens, corolário do princípio da autonomia da vontade. Além da possibilidade de escolha dos regimes de bens elencados no código, podem os nubentes mesclar regras, criando regimes mistos, desde que não ofendam a moral e a ordem pública (art. 1.655 do Código Civil).

Em sentido contrário, o autor cita SILMARA JUNY CHINELATO (ibidem), que sustenta a necessidade de escolha de um dos regimes de bens elencados na lei, com fundamento no parágrafo único do art. 1.640 do Código. Porém, a autora admite algumas adaptações aos regimes típicos, desde que mantido o cerne do regime eleito.

A escolha do regime de bens se faz através de pacto antenupcial, firmado por instrumento público antes da celebração do casamento, e mencionado no registro deste. O pacto precisa ser registrado no Registro Imobiliário do primeiro domicílio conjugal do casal, e averbado na matrícula de cada imóvel a eles pertencente.

A natureza contratual do casamento vem ganhando força com tais disposições legais, cada vez mais ampliada a liberdade dos nubentes de dispor sobre seus bens. Porém, o legislador mantém no ordenamento jurídico algumas disposições restritivas à vontade dos nubentes, no que concerne ao patrimônio, em casos específicos.

O art. 1.641 do atual Código Civil, reproduzindo a regra insculpida no parágrafo único do art. 258 do Código Civil de 1916, dispõe ser obrigatório o regime de separação de bens no casamento: *“I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”*

A situação não é permanente para os nubentes que se inserirem nos incisos I e III deste dispositivo. É que, diversamente da lei anterior, o atual Código permite expressamente a alteração do regime de bens, a teor do § 2º do seu artigo 1.639 e, deste modo, cessada a causa suspensiva ou o motivo que tornou necessário o suprimento judicial, o casal poderá escolher livremente o regime patrimonial que deseja adotar.

É em relação aos maiores de 60 anos que a restrição se afigura mais forte, diante da impossibilidade de se alterar a situação de fato que a impõe, tornando-a permanente. Porém, o regime da separação legal de bens, segundo o Enunciado 377 da Súmula de Jurisprudência do STF, não constitui-se propriamente numa separação absoluta, muito se assemelhando à comunhão parcial ou de aqüestos.

A comunhão parcial também é o regime geral, adotado pelo atual Código Civil. Conforme dispõe o caput do art. 1.640, se os nubentes não houverem convencionado outro regime, vigorará o da comunhão parcial de bens.

Nem sempre foi assim. Variaram os regimes de bens postos à disposição dos nubentes, assim como aquele considerado o regime vigente no silêncio das partes.

5 – O ENUNCIADO 377 DO STF

Em sessão plenária realizada em 03/04/1964, o STF aprovou o Enunciado nº 377 de sua Súmula de Jurisprudência, que assim proclama: “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*”

Numa primeira leitura, parece que o enunciado proclama uma clara interpretação *contra legem* do dispositivo legal.

Na redação original do Código Civil de 1916, mantida àquela época, vários eram os regimes de bens admitidos no casamento, pelos quais os nubentes poderiam optar através de pacto antenupcial: regime da comunhão universal de bens (arts. 262/268), da comunhão parcial (arts. 269/275), da separação (arts. 276/277) e dotal (arts. 278/309). O regime vigente, quando não convencionado, era o da comunhão universal de bens (art. 258). O artigo 259, por sua vez, dispunha que no silêncio do pacto antenupcial, interpretava-se pela comunicação dos aqüestos.

Somente em 1977, com o advento da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), é que o regime legal passou a ser o da comunhão parcial. Deste modo, ao tempo da edição do enunciado, em 1964, o regime legal era o da comunhão universal.

O parágrafo único do art. 258, do Código Civil, buscava proteger o patrimônio de determinadas pessoas – os que tivessem algum impedimento, o homem maior de 60 anos, a mulher maior de 50, o órfão de pai e mãe, aqueles que dependessem de autorização judicial – impingindo-lhes regime de bens que evitasse um casamento por interesse.

Era um misto de sanção (aos que tinham impedimento) e medida protetiva. A segunda característica se justifica porque, sendo o regime legal o da comunhão universal, os indivíduos tidos como hipossuficientes seriam presas fáceis para pessoas inescrupulosas, que objetivassem um casamento apenas para obter a meação advinda desta comunhão.

Por outro lado, o art. 259 do Código Civil de 1916 assim dispunha:

“Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

Nos casos em que a separação de bens era o regime obrigatório, os nubentes não podiam realizar pacto antenupcial. Assim, interpretando esta norma em conjunto com aquela outra, e dando-lhe caráter protetivo, entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal que o regime da comunhão de aqüestos era o mais justo, partilhando entre os cônjuges os bens advindos do esforço comum e protegendo, ao mesmo tempo, o patrimônio constituído antes do casamento, a evitar o regime da comunhão universal.

Veja-se: esta interpretação era possível porque eram dois os regimes distintos os aplicáveis a cada situação de omissão de declaração de vontade: uma, do silêncio em convencionar um regime de bens específico – aplicava-se o da comunhão universal; outra, em que ainda que houvesse um regime diverso pactuado, não havia disposição expressa sobre os aqüestos – aplicava-se a comunhão destes.

Se há imposição do regime de separação legal, queria o legislador que este fosse diverso do regime a todos aplicado em caso de ausência de pacto. Deste modo, se a jurisprudência o houvesse transformado em uma comunhão universal, como se simplesmente ausente o pacto, a interpretação seria contra-legend. Por isso a importância de ser regime diverso o disposto no art. 259 do código: é possível reconhecer uma omissão e aplicá-lo, sem transformar o regime em comunhão universal, aplicável em geral na falta de pacto.

A jurisprudência, contudo, em muito divergia. Mesmo os precedentes citados para a aprovação do Enunciado 377, foram decididos por maioria, a demonstrar não haver consenso nem entre os membros do STF. Quatro são os precedentes: os Embargos no RE 7.243 / CE, de 1945; o RE 9.128 / MG, de 1948; o RE 10.951 / RJ, também de 1948; e os Embargos

Infringenes no RE 8.984 / DF, de 1951.

O primeiro precedente, julgado por maioria, tratou de um homem que contraiu segundas núpcias antes de ultimada a partilha de bens do seu primeiro casamento. Na realidade, antes do segundo casamento os filhos já haviam concordado com as declarações finais na partilha dos bens do primeiro, e o juiz havia deliberado a partilha, sem que houvesse recurso. Apenas o lançamento dessa partilha é que se dera após o segundo casamento, incidindo assim o regime legal sobre os bens do novo casal.

Com o falecimento do marido, a segunda esposa pretendia ser sua inventariante, com o que não concordaram os herdeiros. O Recurso Extraordinário, contudo, reconheceu haver comunhão nos aqüestos e, com isso, permitiu que assumisse a posição de inventariante.

Travou-se uma discussão sobre a aplicabilidade da sanção (do regime da separação legal) no caso, pretendendo a esposa o da comunhão universal, no que não obteve sucesso. Os herdeiros (filhos do primeiro casamento), por seu turno, pleiteavam que o regime da separação legal fosse considerado de forma absoluta, concluindo que à segunda esposa não caberia qualquer parte do monte.

A decisão ficou no meio-termo, aplicando a razoabilidade. Bastante elucidativo é o trecho que ora se transcreve, do voto do Ministro Philadelpho Azevedo:

“Conclue-se, portanto, que o nosso sistema de separação, em princípio, é o da separação dos existentes e de comunhão dos bens adquiridos, sendo preciso cláusula expressa no pacto ante-nupcial para que a separação se estenda aos aqüestos.

De modo que, quando o legislador manda aplicar o regimem da separação, em certos casos, qual será esse o regime? O da separação dos bens presentes e futuros, ou, apenas, o da separação dos bens presentes? Entendo que é apenas o da separação dos bens presentes, por ser normal,

de modo que o art. 259, se aplicará a todos os casos, inclusive aos de separação legal.”

Aplicou-se o art. 259 como se o aplicava aos casos em que, mesmo havendo pacto antenupcial de separação de bens, não se houvesse convencionado expressamente que os aqüestos não se comunicariam. Como no regime da separação legal o legislador não o dispôs expressamente, comunicariam-se os aqüestos.

O Ministro Laudo de Camargo traz outro dado relevante. Informa que antes do julgado, havia sido aprovada na câmara emenda assim concebida: *“Se o regimen não fôr o da comunhão geral de bens, no silêncio do contrato, prevalecerão os princípios que regem a sociedade particular, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”*

Daí resulta outro posicionamento bastante interessante, e que ganhou força no STJ em alguns julgados mais recentes: de que a comunhão dos aqüestos se dá nos moldes da sociedade de fato, ou seja, é preciso haver prova do esforço comum. Há julgados exigindo a demonstração de tal esforço, e outros que o presumem, em razão da vida em comum, ou o entendem desnecessário.

O segundo precedente, RE 9.128, é também um caso de segundas núpcias, desta vez de um homem maior de 60 anos. O regime da separação legal foi imposto em razão da idade do cônjuge varão. Porém, assim como no primeiro caso, o Tribunal de origem (MG) entendeu que a imposição do regime de bens tinha natureza de sanção, de penalidade.

O relator, Procurador Geral da República Dr. Themístocles Brandão Cavalcanti, entendeu que não se poderia aplicar o art. 259 ao regime da separação legal, porque sua aplicação pressupunha a existência de um contrato, um pacto, e o seu silêncio quanto aos aqüestos. Na separação legal, não há pacto, mesmo porque os nubentes estão impedidos de contratá-lo, não se podendo falar em aplicação da norma quanto ao seu silêncio.

Segundo ele, *“Permitir que se comunicassem os bens adquiridos, no caso de ser obrigatório o regime da separação, seria tolerar que a lei fosse burlada, seria, em suma, admitir que os cônjuges fugissem daquele regime que a lei lhes impôs, para caírem no regime da comunhão de bens.”*

O Ministro Hahnemann Guimarães, embora discordasse do caráter punitivo da norma em que se sustentou o relator, acompanhou-o em sua conclusão de que o regime da separação legal imporia regra de separação absoluta de bens, inclusive dos aqüestos.

Quem iniciou a divergência foi o Ministro Lafayette de Andrada. Assevera ele que *“se a lei admite a comunhão de bens adquiridos na constância do casamento, quando há contrato estabelecendo o regime de separação, não vejo motivo ponderável para afastar essa comunhão, quando a separação é determinada por lei.”* E prossegue:

“Em ambas as hipóteses pode haver trabalho do casal no aumento da fortuna, na aquisição de bens, pode ocorrer o esforço de marido e mulher na economia, na administração, no auxílio para melhorar as condições de vida, e como se excluir da comunhão um dos cônjuges que contribuiu para a formação da fortuna?”

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Goulart de Oliveira, estando a votação empatada. O presidente, Ministro Orozimbo Nonato, votou com os primeiros, entendendo que o regime da separação legal constituiria separação absoluta, não se aplicando o art. 259 do Código Civil de 1916.

No terceiro precedente, RE 10.951 / RJ, a viúva pleiteava a meação sobre os aqüestos, sendo que o casamento, que durara quinze anos, foi realizado sob o regime da separação legal porque ele era maior de sessenta anos quando o contraiu.

O Ministro Annibal Freire, relata que a recorrente alegou a existência de sociedade de fato a justificar a participação nos aqüestos, situação que não ficou provada nos autos.

Sustenta que a comunhão nos bens adquiridos na constância do casamento tem base no esforço comum que, no caso, a recorrente não teria provado.

Em seu voto, o Ministro Castro Nunes situa a controvérsia no art. 259 do Código Civil, afirmando desnecessária a prova de existência de uma sociedade de fato. Com isso, votou pelo conhecimento e provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Ribeiro da Costa e Laudo de Camargo.

O Ministro Barros Barreto acompanhou o voto do relator, vencido, concluindo-se pelo provimento do recurso e reconhecimento do direito à meação sobre os bens adquiridos na constância do casamento.

Finalmente, os Embargos Infringentes no RE 8.984 / DF. Tratam estes de um processo de desquite, em que o regime da separação legal de bens havia sido imposto pelo fato de o marido não ter procedido, antes das segundas núpcias, à partilha dos bens do casamento anterior.

O relator, Ministro Orozimbo Nonato, votou por prover os embargos e reconhecer a separação total de bens, inclusive dos aquestos. Argumentou que não se podia falar em aplicação do art. 259 do código, ao silêncio do contrato, porque neste caso não era possível um contrato, filiando-se a um dos posicionamentos que elenca:

“Raciocinam uns que o regime legal de separação é o mesmo, substancialmente, que o regime convencional de separação e, nestes, excepta a hipótese de declaração das partes, vigora a comunhão dos aquestos.”

“Argumentam outros que seria frustrar os fins da lei estabelecer a comunhão dos aquestos no primeiro caso em que se verifica penalidade, sanção de preceito legal, tanto mais quanto nem possibilidade ocorre, no caso, de declaração das partes a evitar essa comunhão.”

O Ministro Hahnemann Guimarães diverge, ao argumento de que o acórdão

recorrido não estabeleceria uma comunhão parcial de bens, mas uma comunhão sobre os aquestos, fruto do esforço comum – uma sociedade de fato. Segundo ele, “*essa sociedade de fato não se destina a tornar ineficaz o regime legal dos bens, e recusá-la seria infligir lesão injusta aos cônjuges que, pelos esforços e indústria comuns, obtiveram bens, que devem formar uma caixa social.*” Seu voto foi pelo desprovimento do recurso.

Com ele, votaram os Ministros Abner Vasconcelos, Lafayette de Andrada, Castro Nunes e Laudo de Camargo. Com o relator, votaram os Ministros Annibal Freire e Barros Barreto, vencidos por maioria.

A conclusão a que se chega de tais julgados é que, embora aprovado o enunciado, a questão não era pacífica, nem mesmo quanto ao que se considerava aquestos. Posteriormente, o STJ aplicou o enunciado, também divergindo quanto à necessidade ou não de prova do esforço comum para haver direito à comunicabilidade dos aquestos.

De todo modo, a Súmula 377 do STF aponta uma solução de razoabilidade para casais que componham um patrimônio durante a vida em comum. Nos julgados que a originaram, são citados outros precedentes de aplicação da comunhão dos aquestos em casos de casais italianos, em que o regime patrimonial era o da separação absoluta de acordo com a lei na Itália, sem regras que permitissem alguma mitigação.

Porém, a reforma legislativa de 1975 do Código Civil italiano alterou o regime legal, que passou a ser o da comunhão parcial. Segundo GIOVANNI GABRIELI e MARIA GIOVANNA CUBEDDU, (*apud* CARLOS DIAS MOTTA, 2007), a reforma não ocorreu por exigência social, pois o regime convencional da comunhão era pouco adotado, mas para aproximar-se do princípio da igualdade moral e jurídica entre os cônjuges, previsto no art. 29 da Constituição daquele país.

Reconheceu-se, na Itália, que a constituição de uma família não estava dissociada de questões patrimoniais, afigurando-se necessária uma comunhão ao menos dos bens adquiridos após a sua formação, de modo a viabilizar os princípios inerentes à pessoa humana.

6 – ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUANTO AOS REGIMES DE BENS

A lei brasileira também mudou, mas em sentido inverso. Enquanto a lei italiana previa como regime legal o da separação absoluta, a brasileira previa o da comunhão universal, que foi alterado para comunhão parcial.

Com esta alteração, advinda com a Lei 6.515/77, a solução de comunicabilidade apresentada no enunciado faz letra morta ao regime da separação legal, de tão parecido que fica com o da comunhão parcial. A diferenciá-lo, apenas a interpretação segundo a qual seria necessária a prova do esforço comum nestes aqüestos, posição que não encontra unanimidade nos julgados dos tribunais superiores.

Segundo ORLANDO GOMES, (apud CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, 2008) a substituição do regime de comunhão universal pelo de comunhão parcial como regime legal fez cessar a razão do regime obrigatório de bens.

Adveio, então, o Código Civil de 2002, que reproduziu a norma da separação legal de bens aos casamentos pendentes de causa suspensiva, aos dependentes de suprimento judicial e aos de maiores de sessenta anos. Neste particular, o Código corrigiu a discrepância que havia entre a idade do homem (60 anos) e da mulher (50 anos), a ensejar o regime imposto pela lei.

Todavia, o novo Código não reproduziu a norma do art. 259. O silêncio do pacto não mais seria interpretado como uma comunhão de aquestos – se os nubentes escolheram o regime da separação, não haveria comunhão alguma presumida.

Como manter-se, então, a comunhão dos aqüestos no regime da separação legal, que se fundava justamente na norma do art. 259 do código anterior? A solução ultrapassa a norma, encontrando-se nos debates legislativos sobre o tema, que antecederam a aprovação do código.

O texto original do Código Civil (Projeto de Lei nº 634 de 1975) impunha o regime da separação legal em seu art. 1.669, assim dispondo: “Art. 1.669. *É obrigatório o regime da*

separação de bens no casamento, sem a comunhão de aqüestos: (...) II - Do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos.”

Nos debates, procurou-se corrigir, primeiro, a desigualdade entre homens e mulheres, ao se propor uma idade única para ambos. Outra modificação importante que sofreu o projeto foi a supressão da expressão “*sem a comunhão de aqüestos*”, a demonstrar que o legislador queria, efetivamente, esta comunhão.

O parecer sobre as emendas do Senado ao projeto, emanado da Comissão Especial na Câmara, da qual foi relator o Deputado Ricardo Fiúza, é bastante elucidativo:

“Por outro lado, em se tratando de regime de separação de bens, os aqüestos provenientes do esforço comum devem se comunicar, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa, estando sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 377).”

“A doutrina tem se pronunciado, na mesma linha de entendimento, bastando referir, a propósito, a lição de Washington de Barros Monteiro, ao entender acertado o entendimento de inúmeros julgados, segundo os quais, comuns serão, nessa hipótese, os bens adquiridos na constância do casamento, por seu mútuo esforço. Enfatiza o festejado civilista que o acerto das decisões decorre do estabelecimento de verdadeira sociedade de fato, ou comunhão de interesses entre os cônjuges.”

“Impõe-se manter o entendimento jurisprudencial do S.T.F. substanciado na Súmula nº 377, segundo o qual no regime de separação de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

Conclui-se, assim, que mesmo à míngua de um dispositivo legal a reproduzir o teor do artigo 259 do código anterior, a intenção do legislador era de manter vigente a súmula, e

assim a comunicação dos aqüestos.

Diante desta manifestação expressa do legislador, não haveria óbice algum a que o regime da separação legal de bens fosse, em essência, idêntico ao da comunhão parcial, agora o vigente entre os casais que optam por não celebrar pacto antenupcial. De todo modo tratar-se-ia de limitação imposta à vontade dos maiores de sessenta anos, a diferenciá-los dos que não se enquadram nesta situação ou nas demais previstas no dispositivo, que têm a possibilidade de convencionar o regime de bens a ser adotado.

ÉRICA VERÍCIA DE OLIVEIRA CANUTO (2004) aponta que os tribunais têm aplicado, ainda na vigência do atual Código Civil, a Súmula 377 do STF, afirmando que o regime transmutou-se, pelas mãos do Judiciário, em verdadeira comunhão parcial.

Nunca é demais lembrar que, ao contrário do código antigo, o Código Civil atual admite a alteração do regime de bens, faculdade concedida mesmo àqueles que se casaram na pendência de causa suspensiva ou com necessidade de suprimento judicial. Basta, para tanto, que tenham cessado as causas que impuseram a adoção do regime matrimonial. Para os idosos, contudo, essas causas nunca cessarão, porquanto de ordem etária, fato que não se reverte.

De todo modo, o regime da separação legal de bens tem características que o diferenciam dos demais, inclusive da comunhão parcial.

Em primeiro lugar, há a já falada discussão jurisprudencial acerca da necessidade de prova do esforço comum, para participar dos aqüestos. Ainda que desnecessária a prova, para a corrente que admite a presunção de tal esforço diante do convívio familiar, é relevante o fato de que, na comunhão parcial, o cônjuge supérstite pode ser herdeiro, o que é vedado no regime da separação legal. Também a lei veda, aos que casem sob o regime da separação legal, que contratem sociedade entre si ou com terceiros, o que é facultado àqueles casados sob o regime da comunhão parcial (art. 977 do Código Civil).

Segundo debates realizados na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça

Federal – CJF, no regime da comunhão parcial “*seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão. Nesse caso, o cônjuge, quando casado no regime da separação parcial de bens (note-se), concorre com os descendentes e com os ascendentes até a quarta parte da herança.*”

Já no regime da separação legal de bens, conclui o documento que “*o dispositivo é expreso, ou seja, inexistente o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes quando o regime de bens é o da separação obrigatória, prevista no art. 1.641 do Código Civil. A contrariu sensu, haverá o direito de concorrência quando o casamento estiver submetido ao regime de separação convencional de bens.*”

Trata-se, portanto, de um quinto regime, diverso da comunhão parcial, da comunhão universal, da participação final nos aqüestos e da separação convencional, todos postos à disposição dos nubentes.

7 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO IDOSO

- Os valores intrínsecos à dignidade da pessoa humana

O artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, confere especial proteção do Estado à família, ali reconhecida como base da sociedade. E não poderia ser outra a conclusão do constituinte a esse respeito, porquanto é na família que o indivíduo inicia sua educação, forma suas bases morais e inicia sua convivência com o mundo. Nesta seara insere-se a especial proteção também conferida pela Constituição à criança e ao adolescente, na esperança de formar novas gerações bem preparadas para conviver em sociedade.

Em que pese ser a norma constitucional genérica no que se refere à proteção da família, é certo que, para o interesse público, o aspecto mais relevante a ensejar esta proteção está nas relações interpessoais, na educação, no convívio, nos deveres inerentes a se ter uma família. A invasão do Estado na esfera privada do indivíduo se justifica, especialmente, por

tais direitos (à convivência familiar, à educação, à dignidade, dentre outros) serem indisponíveis.

O mesmo não se pode dizer do regime de bens, direito patrimonial e, em essência, disponível, fruto do princípio da autonomia da vontade. Porém, como reconhecido inclusive em legislações estrangeiras, por vezes é necessária também a tutela de tais direitos, como forma de garantir outros, de igual importância e também assegurados pela Constituição.

A inserção de normas protetivas à família na Constituição Federal é parte de um fenômeno denominado “constitucionalização do direito privado”, em que tais normas são consideradas de ordem pública, hierarquicamente superiores às demais veiculadas pelo Código Civil. Devem, contudo, ser interpretadas conforme a Constituição.

Trata-se, assim, no que concerne ao direito de família, de uma autonomia da vontade mitigada. A graduação da ingerência do Estado sobre a vida privada se dá de acordo com a ponderação dos interesses e princípios constitucionais envolvidos em cada aspecto do que se regula através da lei.

A maior parte das regras relativas ao casamento tem caráter impositivo. A autonomia da vontade fica, assim, restrita à escolha do cônjuge e do momento de casar-se, não sendo lícito ao casal pactuar no sentido de violar os deveres familiares. A regra do artigo 1.639 do Código Civil permite aos nubentes pactuarem apenas acerca das questões patrimoniais do casamento, ainda assim respeitando as restrições contidas na lei.

A imposição de um regime de separação legal de bens a pessoas em determinadas circunstâncias é uma dessas restrições, sendo certo que também não são válidas cláusulas pactuadas que violem a boa-fé objetiva, a moralidade, a lei ou princípios do direito.

No caso específico do art. 1.641, inciso II, do Código, a impor o regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos, regime este de acordo com a Súmula 377 do STF como já visto, é preciso verificar os princípios constitucionais que o informam para, ponderando-os,

aferir da constitucionalidade ou não da norma.

De início, importa esclarecer que não se trata de uma norma sancionatória. Ser idoso não é óbice ao casamento, nem poderia, à vista dos princípios da igualdade substancial e da dignidade da pessoa humana. A proteção ao idoso, também assegurada na Constituição Federal, é mais um argumento em prol da licitude do casamento de pessoas maiores de sessenta anos.

A conclusão lógica a que se chega é de que tal norma tem caráter **protetivo**, a evitar que o idoso seja alvo de pessoas inescrupulosas interessadas em seu patrimônio, a teor do que afirmam os Ministros do STF em seus votos, quando da edição da Súmula 377.

O direito patrimonial, contudo, é disponível. A restrição quanto ao regime de bens só se justifica, assim, se fundada em algum direito indisponível. E qual seria este?

A Constituição Federal, em seu Capítulo VII, confere especial proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, de acordo com as peculiaridades inerentes a cada um. Assim dispõe o art. 230, especificamente em relação ao tema aqui tratado:

“A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Em consonância com o dispositivo constitucional estão os artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003:

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

“Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder

Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

Verifica-se que, ao lado do direito à vida e à liberdade, estão os direitos ao respeito, à cidadania, à convivência familiar e comunitária, dentre outros, todos aspectos da dignidade da pessoa humana. A própria liberdade, em que pese ser um direito autônomo, é também aspecto desta mesma dignidade, posto que a pessoa livre para emitir opiniões, para ir e vir, para contratar, é também uma pessoa respeitada e digna.

Por certo, a norma que impõe o regime da separação legal de bens ao idoso visa proteger o seu patrimônio. Com isso, garantiria sua vida, sua saúde e seu bem-estar, valores de que precisa para uma vida digna. Há situações, porém, em que a norma tem efeito inverso, prejudicando o idoso, no caso, por exemplo, em que este tenha menos bens do que aquele com quem pretende casar-se.

Também isto ocorre quando o idoso, com maior patrimônio e renda, deseja casar-se pelo regime da separação convencional, bem mais amplo e protetivo de seus bens do que o da separação legal. Não há razoabilidade em aplicar-se a norma, que objetiva proteger o idoso, se a convenção é mais protetiva do que esta.

É o caso da Apelação Cível nº 2004.001.09014, julgada pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo por relator o Des. Antonio Eduardo F. Duarte. O colegiado entendeu, por unanimidade, ser nulo o pacto antenupcial realizado pelos nubentes, estipulando o regime da separação absoluta de bens, por violação ao art. 1.641, II, do Código Civil e, citando o julgador em primeira instância, para “evitar-se fraudes ou conluio entre os nubentes”.

O conluio, por si só, não é ilegal. É esta comunhão de interesses, aliás, um motivo e uma das principais características do casamento, e mesmo da realização do pacto antenupcial ou de qualquer negócio jurídico – as partes devem concordar. Ilegal é, na realidade este conluio para realizar fraude, simulação, é o objetivo de prejudicar terceiros.

Todavia, a norma não foi estabelecida para proteger o direito de terceiros. Para isso, existem diversos dispositivos do Código relativos à fraude e à simulação, além dos princípios da boa fé e da função social, que também se aplicam ao pacto de bens no casamento.

Tampouco se poderia dizer que a norma visa proteger direito dos herdeiros do idoso, a evitar que este disponha de seus bens em favor do cônjuge ou que o torne seu herdeiro. O direito de herança só surge por ocasião do óbito (Saisine). Enquanto vivo for, aqueles que estiverem em sua linha de sucessão não têm ingerência sobre o patrimônio, nem mesmo de pessoa idosa. Se uma pessoa amealhou bens em sua vida, fruto de árduo trabalho, é justo que ela mesma usufrua do que conseguiu, não sendo lícito limitar-lhe a vontade a fim de proteger interesses de outros que não constituíram aquele patrimônio.

Se a pessoa se tornar pródiga, a ponto de pôr em risco a sua vida, saúde e bem estar, é sempre possível a sua interdição. Neste sentido, tal instituto realiza melhor o objetivo constitucional de proteção ao idoso – e que se estende a indivíduos de qualquer idade.

Presumir-se que alguém, apenas porque atingiu certa idade, tornou-se incapaz ou pretende praticar fraudes, é óbvia violação à sua dignidade.

Este aspecto da dignidade, a autodeterminação, também é preponderante como base nos argumentos pela inconstitucionalidade da norma. Pessoas maiores de sessenta anos governam o País, gerenciam grandes empresas, tornam-se eminentes magistrados. Nos países mais avançados, a idade da população produtiva tem aumentado em proporções às vezes alarmantes, dada a maior expectativa de vida e os constantes progressos da medicina que permitem envelhecer com qualidade.

Não é razoável entender-se que uma pessoa produtiva, que tem capacidade para exercer até mesmo o mais alto cargo da Nação, seja incapaz de gerir seus próprios bens. O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição é um dos fundamentos da República e, no dizer de CARLOS DIAS MOTTA (2007), *“a dignidade do ser humano exige, como foi visto, que sejam também respeitadas sua liberdade e sua vontade, e não apenas sua vida. A pessoa natural, pela sua vontade, tem a possibilidade de realizar-se no plano espiritual e afirmar a sua individualidade, como ser racional e dotado de subjetividade. Fala-se, por conseguinte, no princípio da autonomia da vontade.”*

O mencionado autor considera inconstitucional a restrição imposta ao idoso quanto ao regime de bens a ser adotado. Admite até que se lhe estabeleça regime legal diferenciado, mas que permita pactuação diversa ou alteração, respeitando-se a vontade da pessoa.

Demais disso, como afirma SILVIO RODRIGUES (*apud* por CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENWALD, 2008), *“talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém”*, tratando-se de qualidade até mesmo apregoada pelo idoso, na busca de relacionamentos afetivos.

Além desses, diversos autores já manifestaram posição contrária à norma supracitada, dentre eles Maria Helena Diniz, João Baptista Villela (*apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, 2006), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald, Rolf Madaleno, Arnaldo Wald, Maria Berenice Dias e Érica Verícia de Oliveira Canuto.

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENWALD (2008) informam precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 1998, e que teve como relator o então desembargador e agora Ministro do STJ, Cezar Peluso, concluindo pela inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916 ao argumento de não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Para MARIA BERENICE DIAS (2007), a imposição do regime de bens, mais do que uma violação à autonomia da vontade da pessoa capaz, constituiria verdadeira sanção ao casamento, em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. Para Érica VERÍCIA DE OLIVEIRA CANUTO (2004), constitui ofensa também ao princípio da isonomia, “já que há previsão de disciplina jurídica diversa para pessoas de idade inferior e garantia de liberdade.”

8 – CONCLUSÃO

Embora a doutrina sustente, com veemência, a inconstitucionalidade da norma que determina a observância de regime de separação de bens obrigatória aos maiores de sessenta anos, esta foi reeditada no atual Código Civil, inclusive com manifestação em sede de debates no sentido de manter-lhe a interpretação dada pela Súmula 377 do STF.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem aplicado a norma (Apelação 2008.001.26437, Relator Des. Reinaldo P. Alberto Filho; Apelação 2007.001.14758, Relatora Des. Marília de Castro Neves), mas já existe julgado divergente (Apelação 2007.001.15540, Relator Des. Henrique de Andrade Figueira).

Também no Superior Tribunal de Justiça já se verifica divergência acerca da validade da imposição de regime de bens aos que se casem com mais de sessenta anos de idade. Aplicando a imposição legal e a Súmula do STF, temos: REsp 736627 / PR, DJ 01/08/2006, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp 402697 / DF, DJ 29/11/2004, Relatora Min. Nancy Andrighi; REsp 260462 / PR, DJ 11/06/2001, Relatora Min. Nancy Andrighi (ainda acerca da lei antiga).

Em recente alteração do posicionamento, pela violação da dignidade da pessoa humana e invalidade da norma, temos o recentíssimo REsp 471958 / RS, publicado no DJe em 18/02/2009, do qual foi também Relatora a Min. Nancy Andrighi.

A moderna posição, que aqui se sustenta em face de todos os argumentos já expostos, é de que tal imposição da lei é, de fato, violadora dos direitos fundamentais do

idoso, constituindo ofensa à sua dignidade e ao direito de dispor de seus bens como lhe aprouver. Sendo lícita a união, não há motivo razoável para se impor sanção ao idoso que apenas deseja casar-se.

A dignidade do idoso passa, necessariamente, pelo respeito a suas vontades, a sua autonomia, a seu direito de contratar, e considerá-lo incapaz de realizar tal ato constitui ofensa a seu direito da personalidade, e absoluta incoerência, porquanto esta mesma pessoa tem capacidade plena para todos os demais atos da vida civil, que inclusive podem afetar terceiros de maneira muito mais gravosa.

Especialmente nos dias atuais, em que a família é vista como meio de realização pessoal, de engrandecimento do ser humano, restringir a liberdade de uma pessoa apenas porque desejou casar-se após os sessenta anos é um verdadeiro retrocesso.

Ainda que não se declare inconstitucional a norma do art. 1.641, II, do Código Civil, impõe-se a sua interpretação conforme a Constituição, admitindo-se o regime da Súmula 377 do STF apenas para os casos em que os nubentes não tenham firmado pacto antenupcial. Tendo realizado o pacto, contudo, este merece ser observado e considerado válido, por exprimir a vontade de uma pessoa que possui livre disposição de seus próprios bens, que é capaz e merece ser tratada com respeito e dignidade. Impõe-se, ainda, admitir a eventual alteração do regime de bens pela via judicial, conforme preceitua o art. 1.639 § 2º do Código Civil, nos mesmos moldes que se admite aos de idade inferior a sessenta anos, por medida de isonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (redação dada pela Emenda

Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.

BRASIL. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre as emendas do Senado Federal ao Projeto de Lei n.º 634, de 1975, do Poder Executivo, que “institui o Código Civil”. Relator: Deputado Ricardo Fiúza. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/303077.doc>> Acesso em 26.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA 377. Aprovação em Sessão Plenária de 03.04.1964. Publicado no DJ de 08.05.1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 7.243-CE. Relator: Min. Waldemar Falcão. Publicado no DJ de 12.06.1945.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 9.128. Relator: Min. Edgar Costa. Publicado no DJ de 17.12.1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 10.951-RJ. Relator: Min. Castro Nunes. Publicado no DJ de 9.04.1948.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 8.984-DF. Relator: Min. Hahnemann Guimarães. Publicado no DJ de 11.01.1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 83.178-9-SP. Relator: Min. Leitão de Abreu. Publicado no DJ de 16.10.1968.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 736.627-PR. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Publicado no DJ de 1.08.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 402.697-DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DJ de 29.11.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 260.462-PR. Relatora: Min. Nancy Andrichi.
Publicado no DJ de 11.06.2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 471.958-RS. Relatora: Min. Nancy Andrichi.
Publicado no DJ de 18.02.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 9.014/2004. Relator: Des.
Antonio Eduardo F. Duarte. Publicado no DOE de 8.11.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2007.001.15540. Relator:
Des. Henrique de Andrade Figueira. Publicado no DOE de 5.07.2007.

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de (org). *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005. 508p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *A União Estável: legislação e projetos*. Artigo publicado na
internet, no site www.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo8.htm.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no Regime da Separação Absoluta de
Bens. *Revista Brasileira de Direito de Família*. p. 62/74. Ano VI – nº 26 – Out.-Nov.
2004. Repositório Autorizado STJ nº 46/2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edição, São Paulo: Ed. Revista
dos Tribunais, 2007. 608p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro:
Ed. Lumen Juris, 2008. 727p.

MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens Entre os Cônjuges (*in Direito de Família e o Novo
Código Civil* – coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira). 4ª Edição,
Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: Ed.
Revista dos Tribunais, 2007. 430p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 16ª edição, Rio de
Janeiro: Ed. Forense, 2006. 585p.

WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*. 16ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

756p.

VATICANO. Código de Direito Canônico. Livro IV. Título VII. Disponível em:

<<http://www.legiomariae.kit.net/Canais/CDC.htm>>. Acesso em 26 jun. 2009.