



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens.

Nayara Rangel Vasconcellos

Rio de Janeiro  
2010

NAYARA RANGEL VASCONCELLOS

A Inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens.

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

Orientadores: Prof. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup>. Mônica Areal

Rio de Janeiro  
2010

## A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

**Nayara Rangel Vasconcellos**

Graduada pela Fundação Oswaldo  
Aranha. Advogada.

**Resumo:** O novo Código Civil estabeleceu o regime da separação obrigatória de bens no artigo 1641. Ocorre, porém, que a sociedade está em constante mudança e deve-se fornecer uma nova visão a respeito do tema, baseada em princípios jurídicos e constitucionais, pois apesar de ter previsão legal sobre o regime da separação obrigatória essa norma deve ser interpretada a luz da Constituição Federal. Diante disso, e analisando o art. 1641 do Código Civil de 2002 à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade individual e da igualdade substancial não sobram dúvidas alguma a respeito da inconstitucionalidade do artigo em discussão.

**Palavras-chaves:** Regime de bens, Inconstitucionalidade, Princípios, União Estável.

**Sumário:** Introdução. 1. Panorama jurídico e a visão histórica sobre o regime da separação obrigatória de bens. 2. Crítica ao regime de separação obrigatória à luz das garantias constitucionais 3. O regime da separação obrigatória e algumas controvérsias 3.1 Hipóteses do regime da separação obrigatória previstas no Código Civil de 2002 3.2 A possibilidade de alteração do regime da separação obrigatória 3.3 A (Des)necessidade da intervenção estatal nas relações privadas. 3.4 A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal 3.5 Projeto de lei 108/07 e o Projeto de lei 209/2006. 4. Discussão sobre a possibilidade de aplicação da imposição do regime da separação obrigatória de bens as uniões estáveis. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

Este trabalho abordará a imposição do regime de bens de forma obrigatória e a sua constitucionalidade.

O Código Civil de 1916 era essencialmente patrimonialista e buscava a proteção dos bens, visão essa que foi refletida nas disposições dos regimes patrimoniais. O regime da comunhão total de bens era o legal e não havia possibilidade de mudança da escolha realizada. Desta maneira baseada nessa concepção foi estabelecido o regime da separação obrigatória que buscava a proteção dos bens e a sua incomunicabilidade com o cônjuge. Para abrandar essa imposição foi editado o enunciado da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil e uma nova visão social acreditava-se que essa regra seria excluída ou mitigada. Ocorre, porém, que o novo código continuou a estabelecer no artigo 1641 a obrigatoriedade do regime de bens sem fazer uma releitura da aplicação do dispositivo. Desta forma a partir dos novos valores que permeiam a ordem jurídica e a partir dos princípios e garantias constitucionais deve ser feita uma nova interpretação desse dispositivo.

A Constituição Federal prevê os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. A necessidade de adotar esse regime viola todos os princípios citados e faz do Estado não um protetor dos direitos da pessoa e sim um interventor nos interesses privados.

A escolha do regime de bens deve decorrer da livre iniciativa dos nubentes não sendo necessário neste caso a intervenção estatal. Quando o Estado faz essa imposição cerceia a liberdade de escolha de uma pessoa plenamente capaz, e conforme será demonstrado não há qualquer inconveniente social que obrigue o acolhimento de tal medida. Cabe ressaltar ainda que no caso dos maiores de 60 anos há a presunção absoluta da incapacidade, o que viola toda a ordem constitucional.

Outra questão a ser debatida é a falta de previsão legal para a aplicação desse dispositivo a união estável. O artigo 1641 (CC/02) restringe direitos e como é de conhecimento de todo aplicador do direito normas que exprimem exceção devem ser aplicadas de forma restrita. Assim, não seria possível estender às uniões estáveis. Ocorre, entretanto que deverá ser analisado se nesse caso o legislador teria privilegiado a união estável, sendo que o artigo 226 da CRFB/88 prevê que deverá possibilitar a sua conversão em casamento. Essa questão deve ser debatida porque o casamento e a união estável são fatos sociais que precisam de respostas concretas.

Ao longo do artigo serão debatidos os seguintes tópicos: A compatibilidade do regime da separação obrigatória com os princípios constitucionais; se seria justificável a intervenção estatal na esfera de interesses privados, a aplicação do artigo 1641 (CC/02) a união estável, a análise histórica e a aplicação do enunciado da súmula 377 do STF.

Isso posto, o trabalho busca levantar discussão sobre o regime obrigatório de bens baseado nos princípios constitucionais. Procura-se demonstrar a inconstitucionalidade da previsão e como deverá ser harmonizada com o parâmetro constitucional. Dessa forma busca-se demonstrar que não se faz necessário à interferência do Estado na escolha de bens pelos cônjuges e a forma de solução para aqueles que se encontram nessa situação.

## 1. PANORAMA JURÍDICO E A VISÃO HISTÓRICA SOBRE O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

Regime de bens é o instituto que determina a comunicação ou não dos bens do casal após a realização do casamento, não há matrimônio se não houver estatuto

patrimonial. Tem por finalidade regular o patrimônio anterior e posterior ao casamento, bem como à administração dos bens. Este é consequência jurídica do casamento que poderá ser escolhido através do pacto antenupcial, que só terá validade se feito através de escritura pública, ou poderá ser aplicada a regra supletiva, regime da comunhão parcial de bens, se não houver escolha pelos nubentes.

O Direito Civil e as relações patrimoniais do Código Civil de 1916 foram baseadas na revolução francesa que tinha como fundamento a proteção patrimonial. Dessa forma o Código Civil de 1916 foi escrito numa visão patrimonialista que privilegiava alguns princípios, tais como: obrigatoriedade de cumprimento dos contratos e a propriedade privada. Baseado nessa visão, que o regime de bens se fundou.

No passado, o regime supletivo de bens, caso não fosse feita à escolha pelos cônjuges, era o regime da comunhão universal de bens, pelo qual se comunicavam os patrimônios de ambos os cônjuges, quer os havidos antes do casamento, quer os adquiridos durante a sua constância. Isso demonstrava a importância da família e do patrimônio.

Mesmo no Código anterior já se admitia que os nubentes escolhessem o seu estatuto patrimonial de casamento sempre que não desejassem adotar o regime preferido pelo legislador pátrio, a comunhão universal, só não era cabível tal escolha nas hipóteses em que se impunha o regime obrigatório da separação de bens prevista no parágrafo único, incisos I, II, III e IV do art. 258 do Código Civil de 1916.

No regime da separação obrigatória, os cônjuges conservavam os bens distintos dos que possuíam ao casar. Esse regime tinha como finalidade a proteção do patrimônio em certas hipóteses, o que era justificado pelo momento em que foi editado o antigo código.

O artigo 258 parágrafo único do código revogado estabelecia como hipóteses obrigatórias de separação de bens, a saber: mulher maior de 50 anos e homem maior de 60 anos, de todos os que dependessem para casar de autorização judicial, do órfão de pai e mãe

ou do menor e das pessoas que celebrarem o matrimônio com infração ao estatuído no art. 183, XI a XVI do Código Civil de 1916.

A imposição do regime de separação obrigatória como se percebe está nitidamente relacionado à questão econômica, seja com relação à proteção dos herdeiros, seja pela proteção da pessoa que adquiriu um considerável patrimônio consolidado durante a vida e possa eventualmente vir a sofrer alguma perda por simples interesse de terceiro. A importância do regime de bens, de uma forma geral, se dirige a dois aspectos: um, à dissolução de relação matrimonial ou de união estável em vida, no casamento por separação judicial ou divórcio direto, ou por reconhecimento e dissolução de união estável; e outro, no caso de morte do cônjuge ou do companheiro, abrindo-se a sucessão hereditária.

Na hipótese da idade estabelecida para o homem ser diferente da mulher já havia um certo abrandamento desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, sendo equiparada a idade da mulher para 60 anos, pois entendiam ser inconstitucional tal dispositivo já que ia de encontro com o princípio da isonomia previsto no artigo 5º caput da CRFB/88.

Essa discriminação foi comentada por CHAVES apud PARADA (2008, p. 148) :“É verdade que o preconceito é antiquíssimo (...). E preso a preconceitos tão remotos, entendia Clóvis Bevilacqua que as pessoas que tivessem alcançado essa quadra da vida, teriam só por isso, passado da idade que o casamento se realiza por impulso afetivo.”

Com a entrada do novo código civil acreditava-se que essa visão seria alterada já que estava atrelada aos preceitos da época.

O Código de 2002 trouxe duas inovações em relação ao regime de bens. A primeira baseada na autonomia privada conferiu aos esposos o direito de escolher o regramento norteador dos seus bens. A segunda elegeu a comunhão parcial como regime supletivo de bens, antes prevista apenas na lei 6.515/77.

Segundo FARIAS (2008), há quatro opções de estatuto patrimonial previstos na legislação. Os cônjuges podem, caso não se enquadrem nas exceções contempladas no texto legal, livremente, escolher um deles. É o chamado princípio da variedade de regimes.

No regime da comunhão parcial de bens, regime supletivo, a legislação estabelece a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento por um ou ambos os cônjuges a título oneroso ou eventual, e reconhece uma presunção absoluta de colaboração conjunta pela aquisição onerosa dos bens. O artigo 1.659 da codificação de 2002 retira da comunhão os bens adquiridos antes do casamento e os que se sub-rogaram em seu lugar, os bens de uso pessoal, os proventos de trabalho, as obrigações assumidas antes do casamento e as pensões, soldos ou montepios.

Através do regime da comunhão universal forma-se uma massa patrimonial única. Os bens anteriores ao casamento e os adquiridos na constância da união formarão uma universalidade patrimonial entre os consortes.

O regime da separação de bens divide-se em dois. O primeiro denominado de convencional é escolhido pelos próprios nubentes. Nesse estatuto não há comunhão de qualquer bem adquirido antes ou depois do casamento seja a título oneroso ou gratuito, segundo FARIAS (2008), ocorre uma diáspora patrimonial. No segundo, separação legal, também não há comunicação do patrimônio, mas em decorrência de expressa previsão legal. A súmula 377 do STF abrandou as imposições desse regime.

Criado pelo Código de 2002 o regime de participação final nos aquestos estabelece que durante a convivência o casamento será regido pelo regime da separação convencional e só na possível dissolução deverá ser calculado o montante de cada cônjuge com base nas normas da comunhão parcial. É um regime híbrido que mistura as previsões de dois estatutos patrimoniais.

O artigo 1639 da norma codificada permite aos consortes eleger o regime de bens que julgar mais adequado. Para o exercício desse direito a legislação impõe que seja celebrado um pacto antenupcial, através de escritura pública a ser registrada no Cartório de imóveis.

A lei permite ainda que os cônjuges criem um novo estatuto patrimonial com a mistura dos regimes já existentes e a inserção de novas cláusulas, desde que não contrarie normas de ordem pública e seja feito por pacto antenupcial.

No código anterior, em decorrência do momento em que foi editado, é explicável que o legislador tenha preferido a regra da imutabilidade porque temia que o cônjuge mais frágil na relação conjugal fosse enganado por razões muito distintas da verdadeira intenção do outro consorte, ou mesmo que a alteração camuflasse apenas uma simulação ou uma fraude a credores.

Ocorre que, mesmo com o distanciamento da visão patrimonialista e da fragilidade de um dos nubentes, a nova legislação continuou prevendo o regime da separação obrigatória. Baseado na ordem pública e na proteção de determinados grupos o legislador no artigo 1.641 (CC/02) mitigou a liberdade de escolha do regime patrimonial de casamento e de forma compulsória estabeleceu o regime a ser utilizado pelos futuros nubentes.

Dessa forma, foi desarrazoada a previsão desse regime já que os motivos não mais se justificam, trazer preceitos antigos para uma sociedade em constante evolução acabam por demonstrar um retrocesso social.

## 2. CRÍTICA AO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe um ramo de garantias para a proteção de diversos direitos por ela amparados. Com a entrada da Carta Magna, houve uma releitura de diversos dispositivos infraconstitucionais que não foram recepcionados pela ordem vigente, uma vez que pela hierarquia as normas inferiores devem se compatibilizar com as normas superiores, no caso a Constituição Federal. O estudo das legislações deve ter como base os princípios constitucionais que são a estrutura do próprio Estado democrático de direito.

Por isso, a constitucionalização do Direito Civil se torna necessária para que se aplique os seus preceitos de acordo com a lei maior.

O artigo 5º da CRFB/88 estabelece como direitos fundamentais a igualdade e a liberdade e o artigo 1º da CRFB/88 prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito.

A previsão do regime obrigatório de bens se põe em colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A norma impositiva retira dos nubentes a livre escolha do regime patrimonial e fere o princípio da liberdade, pois os torna momentaneamente “incapazes” para realizar um ato de caráter aparentemente privado.

No caso da imposição para os maiores de sessenta anos de idade, há ofensa ao princípio da igualdade, já que o idoso é uma pessoa como qualquer outra, um sujeito de direitos e de deveres, como qualquer cidadão normal. Sua simples condição de atingir um determinado limite de idade não é motivo suficiente para que alguns direitos lhes sejam retirados, como no caso da escolha do regime de bens.

A igualdade prevista pela lei maior ampara todos os brasileiros, protegendo-os de discriminações de sexo, idade, cor, raça, religião, dentre outras. O Estatuto do Idoso, lei 10.741/03, em seu artigo 2º prevê que: “o idoso goza de todos os direitos fundamentais

inerentes a pessoa humana (...)" e reza o artigo 4º que "nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação (...)".

Outro ponto crucial é a dignidade da pessoa humana que, como foi demonstrado, não chega a ser um princípio e sim um preceito regra para todas as relações. As hipóteses previstas para o regime obrigatório são, na verdade, verdadeiras sanções para quem resolve casar naquelas condições uma vez que limita a autonomia, causa constrangimentos e por consequência fere a dignidade.

Conforme MADALENO (2008, p. 191): "Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado como se fossem causas de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha o princípio da dignidade humana".

Como resultado chega-se à conclusão que as restrições impostas não mais se sustentam perante o ordenamento jurídico vigente que tem como tábua de valor a tutela da dignidade da pessoa humana. As normas do Código Civil devem ser lidas e aplicadas com base no parâmetro constitucional.

### 3. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E ALGUMAS CONTROVÉRSIAS

#### 3.1 HIPÓTESES DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (CC/02)

O artigo 1.641 do Código Civil de 2002 elenca três hipóteses de limitação da escolha do estatuto patrimonial: violação das causas suspensivas previstas no artigo 1523; quando um

dos nubentes tem mais de sessenta anos de idade na celebração do matrimônio e quando um dos noivos depende de autorização judicial para casar, seja o suprimento de idade, seja o suprimento de consentimento.

O rol previsto no artigo 1641 é taxativo, pois, normas que exprimem exceções à regra, como no caso a livre escolha do regime de bens, devem ser interpretadas restritivamente.

A primeira hipótese submetida ao regime obrigatório é o casamento com violação às causas suspensivas. Estas estão contempladas no artigo 1.523 do Código Civil de 2002 e o objetivo do legislador foi fazer com que o acervo patrimonial do primeiro casamento não se confunda com os bens do segundo matrimônio.

No caso do inciso I do artigo 1.523, a lei impõe o regime obrigatório ao viúvo ou à viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não for realizado o inventário e a partilha dos bens do casal. A lei visa a proteger o interesse dos filhos do primeiro casamento. Essa pena se demonstra muito excessiva já que existe outra forma de punição estabelecida pelo artigo 1.489 II do Código Civil, a hipoteca legal. Nesse caso o filho já tem hipoteca sobre os bens do pai ou da mãe que passar a outras núpcias e não realizar o inventário, demonstrando desnecessária e punitiva a imposição do regime da separação obrigatória, já que os direitos dos filhos já estariam resguardados.

Também mostra descabida a previsão do inciso II do artigo 1523 que estabelece a necessidade do regime obrigatório à viúva ou mulher até dez meses após a anulação do casamento ou o reconhecimento da nulidade. Essa previsão tenta resguardar a possível prole do matrimônio anterior. Hoje não é mais necessário, pois se a mulher estiver grávida é possível aplicar a hipoteca legal e realizar o reconhecimento do filho através de DNA.

Não deve prosperar de igual forma a hipótese do inciso III do artigo 1523 que estabelece a necessidade do regime obrigatório ao divorciado se não houver sido homologada

ou decidida a partilha dos bens do casal. O próprio código dispensa a partilha de bens para a decretação do divórcio conforme se depreende do artigo 1.581 do Código Civil de 2002, é um contrasenso pelo mesmo fundamento impor uma pena pela ausência de partilha de bens. Aplica-se também ao caso a hipoteca legal mencionada acima que retira qualquer risco para os herdeiros.

O parágrafo único do artigo 1523 CC/02 permite que o juiz, na habilitação para o casamento, a pedido dos cônjuges, libere da imposição do regime obrigatório, desde que não haja prejuízo para o herdeiro, para o ex-cônjuge ou a pessoa tutelada ou curatelada. Isso demonstra uma certa flexibilidade da imposição prevista em lei.

Cabe ressaltar que as causas suspensivas não impedem o casamento sendo mera restrição inócua à liberdade da escolha do regime de bens.

Em segundo lugar, impõe a lei à restrição a liberdade de escolha do regime de bens quando um dos nubentes for maior de 60 anos, a previsão mais discriminatória estabelecida pelo novo código.

A regra da imposição em relação à idade já estava prevista no código civil de 1916. A legislação revogada fazia uma distinção da idade entre os sexos. Para os homens o regime era imposto a partir dos 60 já para as mulheres era exigido a partir dos 50 anos.

A explicação segundo DIAS (2009), para a escolha das idades seria a expectativa de vida à época. Acreditava-se que após essa faixa etária as pessoas se tornariam mais vulneráveis aos denominados “golpes do baú” e acabariam por perder todo o patrimônio construído ao longo de toda sua vida.

Após a entrada da Constituição de 1988 essa diferença de 10 anos entre homens e mulheres foi revista pelas decisões jurisprudenciais e com base no princípio da isonomia previsto no 5º CRFB/88 foi igualada as idades para 60 anos.

Com a promulgação do novo Código Civil a previsão continuou a existir e causou grande perplexidade aos aplicadores do direito como pode visualizar no artigo de DIAS apud PARADA (2008, p. 149): “Até agora - e esta minha frase ecoou em todo Brasil- nós mulheres somos idiotas a partir dos 50 anos, mas daqui para frente todos passaremos a ser imbecis aos 60. Bela vantagem: ganhamos nós mulheres mais de 10 anos de higidez mental.”

Para FARIAS (2008), o dispositivo é inconstitucional, pois, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, reduz a autonomia como pessoa e impõe uma restrição que a norma constitucional não previu.

A presunção da incapacidade no caso dos idosos é absoluta e não pode deixar de ser aplicada pelo juiz, o que demonstra uma sanção muito grave para aqueles que atingiram determinada idade. Nesses casos, ainda que haja pacto antenupcial estabelecendo de forma diversa, prevalecerá, por força da lei o regime de separação obrigatória.

Tal hipótese não deveria ser determinante, nem servir de base para tal discriminação, DIAS (2009), explica que essa imposição decorre do fato de uma possível estabilidade financeira do idoso que em decorrência da idade já estaria realizado profissionalmente e teria construído todo o seu patrimônio.

Na verdade, isso provoca um desestímulo para aqueles que atingiram determinada faixa etária, pois, lutaram para construir determinado patrimônio, e por fim não podem dispor da forma que bem lhes convier. Essa idéia é plenamente arbitrária e cerceia os direitos do homem ou mulher em sua liberdade de administrar seus bens, conquistados por seu próprio mérito.

Hoje, com a evolução da ciência e a busca para aumentar a quantidade e a qualidade de vida pessoas que atingiram 60 anos estão plenamente capazes de administrar seus bens, casar e escolher qual regime de bens que irá reger sua união.

Além disso, não há nenhuma vedação que impeça ao maior de sessenta anos celebrar contrato de doação, resguardando-se apenas a legítima dos herdeiros. Ora, deve ser lembrado que se trata de direito privado de caráter patrimonial e, portanto, disponível.

Assim, a limitação da vontade em razão da idade não se constitui uma precaução e sim uma sanção, pois, considerada presunção legal absoluta não há como ser afastada pelo juiz.

Em terceiro lugar, também se impõe o regime da separação para as pessoas que necessitem de suprimento judicial, seja o suprimento de idade, para os menores de dezesseis anos, seja o suprimento de consentimento, para os nubentes entre dezesseis e dezoito anos.

De acordo com o artigo 1517 do Código Civil o homem e a mulher entre dezesseis e dezoito anos podem se casar desde que haja a autorização dos pais ou de seu representante legal. Caso haja divergência entre seus genitores, o juiz poderá decidir e suprir tal consentimento, conforme afirma o artigo 1.631 parágrafo único CC/02.

O suprimento judicial só irá ocorrer se um dos pais não tiver razão em sua recusa, ou seja, não tiver motivos suficientes para impedir o matrimônio, fazendo com que o juiz momentaneamente substitua o poder familiar de um dos pais.

Dessa forma, analisando a restrição imposta pelo regime da separação obrigatória para aqueles que necessitem de suprimento verifica-se que é descabida tal imposição.

Em primeiro lugar, se houve suprimento judicial foi porque houve uma negativa injustificável e injusta de um dos pais, se é injusta não podem ser punidos os nubentes que não foram culpados.

Em segundo lugar, se já foi suprido pelo poder judiciário o requisito obrigatório e analisada a validade do casamento qual a necessidade de impor o regime patrimonial para os contraentes, seria penalizar por demais os noivos por um motivo que não deram causa.

Assim o futuro casal já iniciará sua vida com uma imposição bastante pesada sem poder decidir qual o regime de bens que irá adotar, cabe ressaltar que a pouca idade não significa imaturidade.

### 3.2 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

O regime de bens é escolhido pelos nubentes no momento de habilitação para o matrimônio. O artigo 1639 parágrafo segundo permite a alteração do regime de bens, após a celebração do casamento, desde que atendidas as condições estabelecidas pela lei.

Para que seja possível a alteração do estatuto patrimonial o código civil exige que o pedido seja formulado por ambos os cônjuges, que haja autorização em procedimento de jurisdição voluntária, indique motivo relevante para alteração e não cause prejuízo a terceiros e aos próprios cônjuges.

Não obstante tal regra, a codificação vigente não permitiu a modificação do estatuto se o regime de bens for à separação obrigatória imposta por lei. Segundo FARIAS (2008), houve presunção legal da vulnerabilidade de uma das partes, o que impossibilita a alteração por mero acordo de vontades.

Para abrandar a regra legal que impede a alteração do regime de bens no caso de separação obrigatória, jurisprudência e doutrina passaram a estender a possibilidade da mudança prevista no artigo 1639 parágrafo segundo para os casos de separação obrigatória estabelecidos nos incisos I e III do artigo 1.641 do código civil. Porém, para que seja possível a alteração é necessário que desapareça posteriormente ao matrimônio a causa e ou o motivo que fez a lei impor a obrigatoriedade do regime.

Foi com este entendimento que foi publicado o enunciado da III jornada de direito Civil realizada pelo Conselho da Justiça Federal, em Brasília, nos dias 1 a 3 de dezembro de 2004, a saber: " A Obrigatoriedade da separação de bens , nas hipóteses previstas nos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que impôs."

Observa-se que não foi incluída em tal enunciado a hipótese prevista no inciso II do artigo 1641 do código civil, referente aos maiores de 60 anos.

Dessa forma apesar de se curvar à possibilidade de alteração do regime da separação obrigatória nas hipóteses I e II do artigo 1641, não se admite a mudança para aqueles que casaram com idade superior a 60 anos. A explicação seria que nessa hipótese não há como cessar a causa que deu origem à aplicação do regime, a idade.

Esse entendimento demonstra a patente inconstitucionalidade do regime no caso dos idosos, já que retira de qualquer forma a possibilidade de afastar a imposição pelo juiz no caso concreto.

O Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 540.808-4, julgada em agosto de 2008, sinalizou uma mudança de entendimento no qual sustentou a possibilidade de alteração no caso dos maiores de 60 anos. Segundo o relator Desembargador Benedito Silvério Ribeiro mesmo sendo regime imposto pela lei não afasta a possibilidade de mudança. Tal formalidade não se justifica em decorrência do novo ordenamento civil já que impõe tutela excessiva ao Estado a pessoa capaz para os atos da vida civil, posição sustentada ao longo de todo o artigo.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Civil 1.0694.03.013701-2/001, julgada em 23 de junho de 2005, no voto vencido também demonstrou entendimento diverso. Segundo o Desembargador Silas Vieira não é possível existir distinções entre pessoas que

vivam sob o mesmo instituto sob pena de se infringir o princípio da igualdade. No fim de seu voto sustentou a possibilidade de alteração com base no parágrafo segundo do artigo 1639.

Dessa forma, a possibilidade de mudança só reforça a tese da inconstitucionalidade do regime obrigatório, pois, quando se permite a alteração para as causa dos incisos I e II do artigo 1641, reforça a idéia da desnecessidade da previsão dessa modalidade de regime de bens.

### 3.3 A (DES)NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

O direito de família pertence ao direito civil que é ramo do direito privado. Em regra o Estado não intervêm nas relações entre particulares isso fica a cargo, apenas, do direito público.

Mas como a família é base da sociedade e tem um papel essencial previsto pela Carta Magna há momentos em que o Estado deve intervir para preservá-la e fortalecê-la como afirma o artigo 226 da Constituição da República: “A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”.

Não obstante essa previsão o Estado não pode interferir nas relações privadas no direito de família de tal modo que o transforme em um ramo do direito público. As situações devem ser de extrema importância que justifiquem tal medida.

Dessa maneira, a imposição do regime obrigatório de bens não é medida excepcional; e a alegada ordem pública não justifica tal restrição.

A intervenção do estado nas relações de família deve ocorrer nos casos de educação dos filhos, exercício do poder familiar, alimentos, ou seja, em casos que prejudiquem o bem estar da família e de seus membros.

A escolha do regime de bens diz respeito, apenas, aos cônjuges, pois, diz respeito à autonomia da vontade, e não há fundamento ou motivo de ordem pública que consiga sustentar a validade da intervenção.

Ocorreu no caso, em análise, uma excessiva intervenção estatal em um assunto que não demanda tal proteção o que faz gerar graves transtornos e punições àqueles que desejavam apenas administrar sua vida.

Os motivos que poderiam justificar tal atitude estão sendo desconstruídos no decorrer desse trabalho. Assim, a substituição da vontade pelo Estado tem caráter excepcional, uma vez que as normas de direito de família regulam situações entre particulares.

Isso posto, apesar de a família ser parte integrante do Estado o direito de família continua fazendo parte do direito civil ramo do direito privado.

### 3.4 A SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O enunciado da súmula foi editado quando em vigor o Código Civil de 1916. Teve origem com a crescente demanda de julgamentos dos imigrantes italianos. O objetivo era corrigir a distorção que se verificava pelo enriquecimento indevido dos imigrantes que registravam bens e fortunas em seu nome sem nada reservar para suas esposas que eram também responsáveis pelo enriquecimento.

A súmula tem o seguinte enunciado: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Dessa forma, nos casamentos que eram regidos pelo regime da separação obrigatória, os bens, mesmo sobre esse regime, se comunicavam entre os cônjuges, pois se presumia uma sociedade de fato e o esforço comum.

Se na sociedade de fato prevalecia essa solução, nada mais justo que também fosse aplicado ao casamento, encontrando fundamento na lógica e na equidade.

O esforço comum não precisa decorrer de trabalho remunerado, basta que o marido e a mulher se mantenham juntos e conjuguem esforços para criar um patrimônio, mesmo que a cooperação da esposa seja limitada ao trabalho doméstico. Não se exige prova alguma de contribuição, pois, inviabilizaria a aplicação do enunciado, como demonstra a jurisprudência, ao entender que a simples convivência leva à presunção que houve esforço comum.

O enunciado da súmula corrigiu uma injustiça e evitou o enriquecimento ilícito de determinadas pessoas que utilizavam dessa modalidade de regime patrimonial para não dividir os bens com o outro cônjuge responsável, também, pelo enriquecimento do casal. O fundamento do enunciado tem como base a proteção das pessoas envolvidas e afasta a interferência, de forma abusiva do Estado, nas relações privadas.

Apesar de ter entrado em vigor na vigência do código anterior, entende-se que deva ser aplicado o enunciado mesmo sob a égide do novo código já que o legislador reproduziu a restrição que existia anteriormente.

Uma crítica deve ser feita a nova codificação, que conforme demonstrado, a previsão do regime obrigatório já havia sido alterada e abrandada pela súmula. Se a imposição do regime obrigatório de bens já não era mais aplicada da maneira antes prevista por qual motivo o legislador reproduziu quase da mesma forma a imposição anterior? Fica a dúvida.

Devido a isso cabe concluir que as mesmas razões ensejadoras do advento da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal permanecem nos dias atuais, sendo perfeitamente aplicável ainda hoje nos casamentos realizados a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, assim como naqueles levados a efeito durante a vigência do Código de 1916, sendo a única forma de se evitar distorções e enriquecimento ilícito em favor de um em detrimento do outro cônjuge.

Ocorre que há outra corrente doutrinária que prevê a sua revogação, e pela excelência dos doutrinadores que a sustentam não pode deixar de ser citada. Para essa corrente o art. 1.641 do novo Código deixou clara a revogação da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido sustenta PEREIRA (2006, p. 195) “com a redação do presente artigo, art. 1.641, restaurou-se o antigo preceito com toda severidade, porque ele enuncia exatamente o oposto, estabelecendo que no regime de separação legal, por ele estabelecido, não haverá comunhão de aquestos”.

Sustenta ainda que a súmula foi baseada no antigo artigo 259 do Código Civil de 1916 e como não repetiu o novo código à regra, esta deve ser tida por revogada, já que suprimida que foi a regra legal que dava base à súmula, não há mais que se falar em sua vigência.

Cabe concluir que este enunciado deve ser aplicado aos casamentos celebrados sob a égide do novo código para evitar injustiças, porém, não deve ser aplicada a súmula no regime de separação convencional, uma vez que nestes casos a escolha do regime patrimonial foi exclusiva dos cônjuges.

### 3.5 PROJETO DE LEI 108/07 E O PROJETO DE LEI 209/2006

O Projeto de Lei 108/07 da deputada Solange Amaral (DEM-RJ), prevê como obrigatório o regime da separação de bens no casamento para a pessoa maior de 70 anos. A proposta altera o Código Civil, Lei 10.406/02, que hoje fixa essa idade em 60 anos. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado aprovou o projeto de lei da Câmara que aumenta para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação bens no casamento e o enviou ao plenário.

Segundo a autora do projeto, no início do Século 20, quando foi aprovado o primeiro Código Civil no Brasil, Lei 3.071/16, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade. Na avaliação da parlamentar, estava aí a razão para o Código Civil de 1916 exigir o regime de separação obrigatória de bens para o homem maior de 60 anos e para a mulher maior de 50 anos. Entretanto, de acordo com a deputada, em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicaram profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade.

Assim sendo, o aumento da expectativa de vida da população exige a atualização do Código Civil com relação ao regime de bens do casamento.

Apesar da possível mudança para 70 anos a discriminação ainda permanece nesse caso e nas outras hipóteses, já que continua a considerar o idoso “absolutamente incapaz” pela idade que atinge.

Há ainda o Projeto de Lei 209/2006 de autoria do senador José Maranhão que já tramita no Senado Federal, postulando a revogação do artigo 1.641, inc. II, do Código Civil de 2002 por estar em desarmonia com os princípios constitucionais. Para o autor do projeto a legislação não pode supor, que uma pessoa, por ter atingido determinada idade, seja ela qual for, tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, pois tal atitude implica incorrer em patente discriminação.

Esse projeto não altera a idade e sim revoga a disposição que prevê o regime obrigatório para os maiores de 60 anos, indo ao encontro de tudo que já foi explanado anteriormente. Muito mais correta esta proposta já que retira de forma definitiva a discriminação realizada pelo legislador restando apenas as outras hipóteses.

#### 4. DISCUSSÃO SOBRA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AS UNIÕES ESTÁVEIS

A Lei nº 10.406/02 regulou as relações jurídicas decorrentes da união estável nos artigos 1.723 a 1.727 e nos artigos 1.790 e 1.844. Antes do novo código já havia o reconhecimento da união estável no artigo 226, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Anteriormente a regulamentação do direito dos companheiros em relação aos alimentos e à sucessão e a dissolução era feita pelas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

Com a entrada do Código de 2002 o regime de bens a ser aplicável a união estável, caso não seja acordado de outra maneira pelos conviventes, será o da comunhão parcial de bens previsto no artigo 1725, a saber: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". O regime de bens é aplicável somente na hipótese de dissolução em vida entre os companheiros, pois, no caso de dissolução por morte a regulamentação é realizada pelo artigo 1.790.

A Constituição Federal no artigo 226 parágrafos terceiro e quarto reconheceu a união estável e a erigiu como entidade familiar. No parágrafo terceiro a Carta Magna prevê que deverá ser facilitada sua conversão em casamento.

Há discussão na doutrina se houve no caso preferência do casamento a união estável. Segundo DIAS, (2007) o legislador não as desigualou e não há qualquer preferência entre as formas de constituição da família, o fato de citar um antes de outro não demonstra hierarquia.

A questão surge no momento em que o Código Civil não prevê a aplicação do regime da separação obrigatória de bens às uniões estáveis fazendo referência apenas ao casamento. Desta forma surge uma norma que poderá tratar situações iguais de forma diferente.

Assim, no caso das uniões estáveis em razão da omissão do legislador não há imposição legal para que seja obrigatoriamente aplicado o regime da separação absoluta de bens. Aliás, se o casal não firmar contrato escrito dispondo sobre o regime de bens, resultará na adoção automática do regime da comunhão parcial de bens.

As posições na doutrina não são unânimes. Segundo PEREIRA (2008, p. 119), a mesma imposição do casamento deverá ser aplicável a união estável com base no brocardo latino *UBI EADEM EST RATIO IDEM JUS*, onde há a mesma razão há o mesmo direito.

O Tribunal de Santa Catarina na Apelação Cível 2008.071533-2, julgada em 30 de julho de 2009, seguiu a mesma posição sustentando a aplicabilidade do regime da separação obrigatória à união estável. Conforme se depreende do trecho: “Logo, perfeitamente cabível a aplicação do art. 258, parágrafo único, II, do CC de 1916 à união estável, pois se trata de um instrumento de proteção patrimonial ao idoso e aos seus possíveis herdeiros, não sendo coerente aplicá-lo somente ao casamento”.

Dessa forma, majoritariamente aplica-se à união estável as mesmas regras do casamento. Ocorre que críticas devem ser feitas. Em primeiro lugar trata-se de norma restritiva que obstaculariza direitos e que deveria ser interpretada da forma menos ampla possível. Em segundo lugar a própria norma seria inconstitucional, tese defendida por todo o texto, não aplicando aos casamentos e muito menos as uniões estáveis, e em terceiro lugar fere o próprio código Civil de 2002 que estabelece que o regime supletivo seria o regime da comunhão parcial de bens.

## CONCLUSÃO

O regime da separação obrigatória de bens decorre da visão patrimonialista do Código Civil de 1916. Com a evolução do direito e a sua interpretação constitucional deverá ser revisto essa maneira de regular o estatuto patrimonial.

Ao longo do texto, demonstrou-se como tal forma de imposição obrigatória fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre disposição de bens e da igualdade. A interferência do Estado não deve ocorrer em questões nitidamente privadas como é o caso da escolha do regime patrimonial de bens.

A inconstitucionalidade é flagrante em todas as hipóteses previstas no artigo 1641 CC/02. A imposição do regime para os maiores de 60 anos é a mais discriminatória, já que doutrina e jurisprudência majoritárias não admitem a alteração do regime em qualquer hipótese. Nas outras causas há um certo abrandamento da aplicação da imposição, pois, com base no enunciado da III jornada de direito civil é admitida a mudança do regime patrimonial quando cessar a causa que gerou a imposição.

Devido às discussões sobre a inconstitucionalidade do regime para os maiores de 60 anos há dois projetos de lei que tramitam no congresso nacional. Um tentando elevar a idade para os 70 anos, que continuaria inconstitucional, e outro que requer a retirada do ordenamento a previsão para os maiores de 60 anos.

E por fim há discussão sobre a possibilidade de aplicação automática do regime para as uniões estáveis. Apesar da jurisprudência e doutrina sustentarem a possibilidade da aplicação do regime obrigatório, tal norma não deveria ser estendida uma vez que é norma restritiva de direitos e inconstitucional.

Por todo exposto, não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens. Tal regime retira a possibilidade da livre disposição de bens e fere princípios constitucionais. Não há como negar a desnecessidade de regra tão discriminatória e abusiva que faz do Estado um “controlador” da vida privada.

Desta forma, tal regime deverá ser excluído do ordenamento jurídico deixando livre a escolha pelos cônjuges sobre o estatuto patrimonial. Tal imposição de regime traz à sociedade conjugal a instabilidade, anulando o princípio da solidariedade entre os cônjuges.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código Civil de 1916.

BRASIL. Código Civil de 2002.

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

BRASIL. Lei nº 10.416 de 29º de dezembro de 1994.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 2008.071533-2 Relator: Desembargador Carlos Prudêncio Publicado no DOE de 30.07. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 540.808-4 relator: Desembargador Benedito Silvério Ribeiro.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0694.03.013701-2/001 voto vencido: Desembargador Silas.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/>. Acesso em 15 de maio de 2010 às 15:32 h.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

MADALENO, Rolf. *Do regime de bens entre os cônjuges*. In *Direito de Família e o Novo Código Civil*, coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 23. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

PARADA, Denise Maria Galvão. *Regime de bens entre cônjuges*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *União Estável doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família: Lei 10.406 de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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