



A inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil brasileiro

The unconstitution of the article 1.641, II, of Civilian Code Brazilian

FERNANDA GUARAGNI

Advogada, formada pela Universidade Luterana do Brasil. Especialista em Direitos Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Atualmente no curso de Especialização em Direito de Família da PUCRS.

RESUMO: A legislação civil traz em seu corpo as formas em que os noivos podem administrar seus bens quando do matrimônio. Essas formas são os regimes de bens. Os nubentes podem escolher o regime que mais lhes aprouver bem como juntar em uma única forma características de alguns ou todos eles. No entanto, o artigo 1.641 do Código Civil dispõe as situações onde o regime de bens no casamento será obrigatoriamente o da separação de bens. Dentre estas situações apenas uma é irreversível: a dos nubentes com sessenta anos ou mais. Esta imposição legal de ordem absoluta reflete o preconceito do legislador brasileiro em aceitar que pessoas desta idade possam constituir família e dispor de seu patrimônio como achar conveniente. Esta obrigatoriedade viola os princípios fundamentais norteadores da Constituição Federal Brasileira de 1988, principalmente a dignidade da pessoa humana, o que é inaceitável diante de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Regime da separação obrigatória de bens; nubentes; matrimônio; inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The civilian legislation bring the way in that engageds can to run yours property when they get married. This way are the property regime. The egageds can to choose the regime that liked or the characteristic of one or of all. However, the article 1.641 of Civilian Code Brazilian explain when the property regimes in the married will be compulsority the of all separation. Only the situation of engageds with sixty years old can't to change, they will married with property regime of all separation. This legal impose absolute reflect the prejudice of brazilian legislate to accept that people this age can to be family and to use of your property like will want. This impose break the value priority of Brazilian Constituicion of 1988, including the principal value: the dignity of human people, that is unacceptable to Democratic State of Right.

Keywords: Regime of all separation of property; engageds; married; unconstitution.

O homem não vive só, precisa do outro e por isso vive em sociedade.

O “primeiro” grupo social é sem dúvida a família, composta por pessoas ligadas pelos laços de sangue ou do afeto, e que por isso compartilham um certo grau de intimidade. Nela seus membros respeitam a determinadas regras, culturas, religiões, valores e princípios.

De qualquer sorte, todas as formas de família têm a mesma importância.

A Carta Magna trouxe a igualdade entre homens e mulheres garantindo a mesma força a ambos na administração da família, bem como a igualdade entre os filhos. Não há distinção entre seus membros sendo dos pais o dever de manutenção no sustento e educação dos filhos, e destes o dever de cuidado aos pais quando não poderem se gerir sozinhos, ou seja, tanto pais

quanto filhos tem direitos e deveres de proporcionar uns aos outros a dignidade.

Como se vê, o núcleo familiar não representa apenas a referência de origem de uma pessoa, mas sim todos os aspectos humanos, a existência do indivíduo como ser humano, como pessoa. É o refúgio, o abrigo, onde deva se sentir protegido, onde deva ser instruído e preparado para a vida, onde possa dividir seus conflitos, angústias, momentos de felicidade. Espaço em que possa se sentir tranquilo, realizar seu descanso tanto físico como mental.

Através dela cada pessoa determina sua personalidade. Cada um de seus membros é um cidadão, e como consequência do modo como se dá o convívio familiar é que este cidadão contribuirá, ou não, para a harmonia social.

Sabe-se que hoje a família brasileira é constituída não só pelo casamento, mas também pelas uniões estáveis, pelas famílias monoparentais bem como as anaparentais, ainda as uniões paralelas e as homoafetivas.

A Constituição Federal de 1988 não reconhece expressamente todas estas formas de família, mas não há como negar que elas existam e fazem parte de forma crescente da nossa realidade.

A família é o “útero” da sociedade.

A família constituída pelo casamento, assim como as demais, é o cerne da privacidade de seus membros.

Quando duas pessoas resolvem se unir pelos laços do matrimônio procuram a formalização desta união visando compartilhar suas vidas e tudo o que a envolva, inclusive o patrimônio.

Podemos dizer que o matrimônio gera efeitos sociais, pessoais e patrimoniais, como explica o autor Valter Kenji Ishida:

Quanto aos efeitos sociais, cria-se a família legítima. Os efeitos pessoais geram o *status* de casados, levando-se a obrigações como a fidelidade, a assistência material e imaterial. Já os efeitos patrimoniais presumem a assistência pecuniária entre os cônjuges; o usufruto dos bens dos filhos enquanto estes estiverem sob o pátrio poder; a prestação de alimentos aos filhos; direito sucessório, com o usufruto para o cônjuge sobrevivente, cabendo-lhe a quarta parte se houver filhos ou a metade se não houver e se o casamento não era de comunhão universal de bens; e por fim o direito real de habitação.¹

Diante desta escolha do casal pela formalidade, o Estado passa a intervir reconhecendo a estas pessoas direitos e deveres decorrentes do casamento. No entanto, a intervenção é limitada tendo o casal liberdade de escolha na administração de seus bens tanto pretéritos quanto futuros, através dos regimes de bens.

Com o advento do Código Civil de 2002 os casais unidos pelo casamento passam a gozar de uma maior liberdade, em comparação com o que era lhes concedido pelo Código de 1916, tendo em vista a inovadora possibilidade de modificarem o regime de bens adotado mesmo já consumada a união.

Todavia, algumas pessoas foram excluídas deste novo instituto vez que em razão da idade são obrigadas a adotar o regime da separação de bens. As pessoas a partir dos sessenta anos de idade estão proibidas pelo legislador de comunicar o seu patrimônio particular através do matrimônio com a pessoa que escolherem para constituir família, disposição do artigo 1.641 inciso II do atual Código Civil Brasileiro.

O inciso II do referido artigo demonstra-se claramente inconstitucional por fazer tratamento discriminatório aos sexagenários frente aos demais nubentes cerceando-lhes a autonomia, o direito a liberdade, violando os princípios maiores da Constituição Federal de 1988, a isonomia, e principalmente, a dignidade destes como pessoas humanas.

1 REGIME DE BENS

Quando duas pessoas decidem compartilhar a vida e decidem se casar, estas pessoas não decidem apenas viver sob o mesmo teto, decidem que a partir dali estarão formando uma instituição a qual chamamos de família. Deste relacionamento diversas consequências irão surgir e algumas são classificadas como atos jurídicos, pois geram efeitos capazes de ensejar deveres e direitos a ambas as pessoas.

Os efeitos decorrentes da união de duas pessoas dizem respeito também ao seu patrimônio, eis que podem possuir patrimônio particular antes de iniciar o casamento, como podem não o ter. Estabelecida a união é natural que o casal adquira patrimônio em comum, e para regulamentar a administração bem como a propriedade destes bens é que o Estado passa a intervir criando leis a respeito, os chamados regimes de bens.

A renomada autora Maria Berenice Dias traz uma clara explicação a respeito:

Como a família se torna titular do domínio e da posse do acervo patrimonial que a compõe, são previstos regimes de bens: *modelos pré-fabricados* criados pelo legislador e disponibilizados aos nubentes. A inclusão ou exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a *origem*, a *titularidade* e o *destino* do patrimônio conjugal.²

Desta forma, o Estado possibilita aos nubentes a escolha do regime que melhor lhes aprouver.

Os regimes de bens dispostos no Código Civil Brasileiro atualmente são: o Regime da Separação de Bens, Regime da Comunhão Parcial de Bens, Regime da Participação Final dos Aquestos, Regime da Comunhão Universal de Bens e a Separação Obrigatória de Bens.

O Regime da Separação de Bens está disposto no artigo 1.687 do Código Civil, nele cada cônjuge é responsável pela administração de seus bens e estes não se comunicam. No entanto, a separação dos bens não os exime da obrigação de contribuir nas despesas do casal, na proporção de seus rendimentos, salvo estipulado o contrário em Pacto Antenupcial. Havendo ou não Pacto, neste regime os cônjuges podem livremente alienar seus bens ou os gravar de ônus real.

A Comunhão Parcial de Bens é o regime adotado pelo Código Civil nos casos de inexistência de Pacto Antenupcial, conforme dispõe o artigo 1.640 do Código Civil. De acordo com o artigo 1.658 do mesmo Código, “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento”. Não se comunicam os bens adquiridos anteriormente ao casamento, os que sobrevierem por doação ou sucessão, e os subrogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores pertencentes exclusivamente a um dos cônjuges em subrogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão; proventos do trabalho pessoal; pensões, meiossoldos, montepios e outras rendas semelhantes (artigo 1.659 CC).

No Regime da Participação Final dos Aquestos, de acordo com o artigo 1.672 do Código Civil, cada cônjuge possui patrimônio próprio e, apenas em caso de dissolução do casamento cabe a cada um dos cônjuges metade os bens adquiridos pelo casal na constância do matrimônio à título oneroso. A administração dos bens é a cargo de cada cônjuge. Neste regime, os bens móveis também são presumidos adquiridos pelo casal na constância do casamento, salvo prova em contrário.

O Regime da Comunhão Universal de Bens entende a comunicação total de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, artigo 1.667 do Código Civil. No entanto, há neste regime a previsão de bens que são incomunicáveis tais como, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar; os gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário antes de realizada a condição suspensiva; dívidas anteriores ao casamento, salvo provenientes de despesas com seus aprestos ou revertidas em proveito comum; doações anteriores ao casamento feitas de um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade; bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão; proventos do trabalho pessoal; pensões, meiossoldos, montepios e outras rendas semelhantes.

O Regime da Separação Obrigatória de Bens está previsto no artigo 1.641 do Código Civil, e como o próprio nome diz é obrigatório às pessoas elencadas no referido artigo. Este regime possui os mesmos efeitos do Regime da Separação de Bens, e será melhor detalhado adiante.

A escolha do regime de bens a ser adotado pode ser feita através do chamado Pacto Antenupcial que está disposto no artigo 1.640 parágrafo único do Código Civil.

O Pacto, como o próprio nome diz, é anterior ao casamento e deve ser feito por escritura pública, artigo 1.653 CC, para que gere efeitos e nele o casal pode inclusive mesclar os regimes de bens previstos no Código Civil Brasileiro, incluir cláusulas condicionantes, enfim, podem decidir ao seu modo como irão administrar o seu patrimônio e sendo futuramente o caso, até mesmo como irão partilhá-lo. A lei faz a ressalva de que as cláusulas constantes do Pacto não podem contrariar lei, tampouco versar sobre renúncia a direitos indisponíveis tais como alimentos, direitos sucessórios, visitas a filhos, entre outros direitos personalíssimos, ou que firam a ordem pública e os bons costumes. A autora Maria Helena Diniz enfoca que “o pacto antenupcial deve conter tão-somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos etc.”.³

Neste mesmo íterim, o ilustre autor Rodrigo da Cunha Pereira bem coloca sobre os efeitos dos regimes de bens quando da sua vigência:

Entrando em vigor desde a data do casamento (art. 1.639, §1º), o regime produz efeitos entre os cônjuges, tais como: a) o surgimento de um patrimônio comum e outro particular de cada consorte, conforme o regime adotado; b) alteração do poder de disposição de certos bens, em especial dos imóveis, bem como da autonomia para a prática de determinados atos; c) necessidade de observância de regras relativas à administração de bens comuns e particulares, conforme o regime escolhido; e d) habilitar (ou não) o cônjuge sobrevivente a concorrer com os descendentes do cônjuge falecido.⁴

Como já mencionado, para que tenha validade o Pacto Antenupcial deve ser lavrado em escritura pública. Não o sendo, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens, assim como nos casos de nulidade do pacto.

Caso não se realize o casamento, o Pacto será ineficaz, mesmo que o casal acabe por se unir estevelmente.

No silêncio dos nubentes quanto ao regime de bens a lei determina a incidência do regime da comunhão parcial, artigo 1.640 do Código Civil Brasileiro.

Todavia, a atual legislação civil autoriza em seu artigo 1.639, § 2º a possibilidade de se alterar o regime de bens durante o casamento, desde que à época da união as partes fossem capazes de optar livremente pelo regime a ser adotado. Tal possibilidade é uma inovação no direito brasileiro que trouxe maior liberdade aos nubentes. O antigo Código Civil de 1916 proibia a mutabilidade dos regimes.

No entanto, a alteração deve ser requerida em juízo apresentando os motivos que motivam o casal. Pode se dizer que “a alteração do regime de bens sofre limitações: a) quanto à forma; b) quanto ao conteúdo; e c) em razão do direito de terceiros”.⁵

O presente estudo tem como objeto o regime da Separação Obrigatória de Bens, por isso não irá se ater aos demais.

2 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O legislador brasileiro inseriu no Código Civil em seu artigo 1.641 e incisos a obrigatoriedade do Regime da Separação de Bens a determinadas pessoas: as que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, dispostas no artigo 1.523 do Código Civil; aos nubentes maiores de sessenta anos; e aos que dependerem de autorização de responsáveis ou de suprimento judicial para casar.

A estas pessoas a lei não possibilita a escolha do regime de bens se quer por Pacto Antenupcial, o regime da separação, como já dito, é obrigatório. No entanto, findas as condições taxadas no artigo 1.523 do Código Civil aos que não poderiam casar, tais como o tutor ou curador com o tutelado ou curatelado nem este com os sobrinhos, irmãos, descendentes ou ascendentes daquele enquanto não cessar a tutela ou curatela e saldadas as contas; o divorciado enquanto não haja homologação de partilha dos bens; a viúva ou mulher que tenha tido o casamento nulo ou anulado até dez meses depois do início da viuvez ou da dissolução da união; o viúvo ou viúva que ainda não tenha realizado inventário e partilha dos bens do casal; bem como findas as condições de dependência para contrair matrimônio, podem estas pessoas decidir o regime de bens a ser adotado, inclusive quando as condições cessarem durante a união, podendo estes alterar o regime imposto da Separação de Bens ao regime que bem lhes convier. Apenas a situação do inciso II do artigo 1.461 do Código Civil, de acordo com o legislador, não pode ser afastada em hipótese alguma, como bem explana Maria Berenice Dias:

Os nubentes maiores de sessenta anos no entanto, não dispõem dessa “brecha” da lei uma vez que a sua idade não será alterada “a menos” pela ordem lógica da natureza, assim, sua condição jamais cessará. É a única situação em que o casal não poderá se quer futuramente optar o modo de administração de seus bens.

Trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais a quem desobedece ao

conselho legal. Os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens não podem sequer contratar *sociedade* entre si ou com terceiros (977).⁶

No Regime da Separação de Bens o patrimônio de cada um dos cônjuges não se comunica, existem dois patrimônios distintos, um de cada cônjuge. Os bens que não se comunicam são tanto os anteriores quanto os adquiridos durante o matrimônio, logo, não existe a necessidade da outorga uxória para alienação de bens, nem para se gravar ônus real. No entanto, os cônjuges têm o dever recíproco de contribuir para as despesas domésticas, bem como na manutenção da família, na proporção de seus esforços e patrimônio.

Quando vigorava o Código Civil de 1916 a doutrina e a jurisprudência conquistaram o Enunciado 377 do STF que, como explica o professor Rolf Madaleno, “determina a comunicação dos aquestos no regime coercitivo da separação de bens, evitando, com isto, o enriquecimento sem causa, de que trata o Código Civil em seus artigos 884 e 885”.⁷

Ainda hoje, esta questão é muito controvertida, existindo doutrinadores que sustentam ser a separação de bens absoluta, como elucida Maria Helena Diniz, dentre estes autores estão “Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira, Pontes de Miranda, Carvalho Santos, ao ponto que outros, como Espínola, Washington de Barros Monteiro, Vicente Ráo, Orlando Gomes, Philadelpho Azevedo, Cândido de Oliveira etc., opinam pela separação limitada”.⁸

Entendemos que o Enunciado 377 é de extrema importância na aplicação ao caso concreto ainda hoje, frente às imposições absurdas do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, uma vez que não merecem os cônjuges sofrerem sanções injustificadas a ponto de não terem o patrimônio adquirido em decorrência de sua união compartilhado igualmente.

2.1 Separação Obrigatória de Bens aos Nubentes Maiores de Sessenta Anos

Como já mencionado, o artigo 1.641 em seu inciso II do Código Civil Brasileiro de 2002 impõe aos nubentes maiores de sessenta anos o Regime da Separação de Bens.

O Código Civil de 1916 já trazia esta imposição em seu artigo 258, parágrafo único, mas fazia distinção entre a idade do homem, sessenta anos e da mulher, cinquenta anos. Washington de Barros Monteiro ressalta esta mudança na legislação no sentido de que “consistiu em igualar o limite de idade do homem e da mulher, em sessenta anos, em acatamento ao princípio constitucional da plena igualdade (Const. Federal, art. 5º, n. I, e art. 226, § 5º)”.⁹

Ao criar tal norma, o legislador, assim como os doutrinadores defensores de tal artigo, dentre eles Whashington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, justificam o dispositivo legal como forma de proteção aos indivíduos que com mais de sessenta anos são tidos como “idosos”, e nesta condição, seriam pessoas mais vulneráveis, e estariam suscetíveis a golpes que visem seu patrimônio. Entendem que nesta idade existe uma maior carência de afeto que leva essas pessoas a acreditarem em qualquer coisa, principalmente se lhe apresentadas com “ares amorosos”.

O que se vê é na verdade uma presunção infundada de incapacidade mental dos indivíduos de sessenta anos.

Como é possível generalizar a condição mental das pessoas sem analisar a casuística e principalmente comprovar, através de exames médicos e psicológicos específicos que esta é a real condição de um determinado indivíduo apenas em razão de sua idade?

Vivemos em tempos onde a expectativa de vida é muito superior do que o era há anos atrás. Hoje, uma pessoa com sessenta anos não apresenta, na maior parte das vezes, aparência da idade, normalmente são pessoas ativas, trabalham, estudam, possuem vasta vida social, não há como comparar um cidadão desta faixa etária com um cidadão da mesma idade há décadas atrás. O revoltante é perceber que o entendimento ultrapassado do legislador de 2002 foi praticamente o mesmo entendimento arcaico do legislador de 1916 que, ao impor tais regras, de certo que refletia a sociedade da época.

Interpretação equivocada se faz ao afirmar que a alteração na idade de homens e mulheres prevista no Código Civil de 1916 para o Código de 2002 tenha se dado por obediência à Constituição Federal, especificamente ao princípio da igualdade.

Filiamo-nos aos pensamentos de Silvio de Salvo Venosa e Silvio Rodrigues:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumidamente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser preempatoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. Silvio Rodrigues (1999: 165) posiciona-se francamente contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual. Dizia, com base no antigo diploma:

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Como se nota, em que pese a resistência doutrinária, o presente Código manteve a restrição “para pessoa maior de sessenta anos” (art. 1.641, II).¹⁰

Neste mesmo sentido, o professor Rolf Madaleno expressa que “o legislador nada evita, senão a justiça da comunhão de um regime de efetiva sociedade e de mútua contribuição, que justamente permitiu a onerosa aquisição de bens aquestos e justamente por isso deveriam pertencer à sociedade nupcial”.¹¹

A obrigatoriedade do regime da separação de bens em decorrência da idade do nubente viola direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como fere princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio.

Para melhor fundamentar este entendimento, se faz importante à reflexão acerca desses direitos.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 1.641 DO CÓDIGO CIVIL

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal Brasileira promulgada em 1988, a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de José Afonso da Silva podemos assim dizer que “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”¹².

O Estado Democrático visa acima de tudo o bem estar da nação a partir da garantia de direitos fundamentais a existência digna de todo o ser humano.

O sábio autor Ingo Wolfgang Sarlet nos traz uma ampla visão do significado do princípio da dignidade da pessoa humana ao afirmar:

[...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não

podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹³

Seguindo esta linha de raciocínio, a Carta Magna no artigo 3º declara constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: “*IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (grifado). Aqui fica clara a posição do Estado brasileiro de não tolerar qualquer tipo de discriminação, preconceito, marginalização ou qualquer ato que possa ofender a dignidade de seus cidadãos.

O legislador constituinte reafirmou os preceitos da República Federativa do Brasil ao inserir no artigo 5º da Carta Magna a garantia de proteção quando diz que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade*”.

Os direitos à vida, à liberdade, segurança e propriedade são direitos fundamentais, imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis. Não é permitida a violação destes direitos nem pelo Estado, nem por terceiros.

As garantias e direitos fundamentais são extensão do princípio mor da Constituição Federal: o Princípio da Dignidade Humana. Logo, para efetivar a dignidade humana os direitos fundamentais devem ser aplicados a tudo e a todos.

Aqui chegamos à discussão a que nos propomos: *sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito fundamentando-se na dignidade da pessoa humana, o que importa na garantia e aplicação dos direitos fundamentais, não estaria o inciso II do artigo 1.461 do Código Civil de 2002 violando tais direitos?*

Creemos que sim. Com respeito às opiniões contrárias, não identificamos qualquer argumento plausível que demonstre não se estar ferindo a dignidade dos sexagenários ao impor-lhes tal condição.

Se a lei confere ampla liberdade aos nubentes, como o pacto antenupcial onde podem escolher a forma de regime de bens como o quiserem, bem como a inovadora possibilidade da alteração do regime durante o casamento, por que há esta restrição às pessoas a partir dos sessenta anos de idade? Se até mesmo os menores de dezoito anos podem optar pelo regime de bens, como se pode afirmar que uma pessoa com maior experiência de vida não tenha capacidade de escolha?

Estas pessoas encontram-se no mesmo patamar das demais que anseiam contrair matrimônio. São indivíduos legalmente capazes (já atingiram a maioridade), se não possuem impedimentos para o matrimônio, seja

por qual for o motivo querem unir sua vida à outra pessoa, por que lhes tratar de forma desigual? Afirma José Afonso da Silva: “A justiça formal consiste em um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal”.¹⁴

Inclusive, o inciso XLI do artigo 5º da CF/88 prevê: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto, a lei infraconstitucional traz imposições discriminatórias atentando contra os direitos fundamentais do homem.

Tem-se mais clara ainda esta discriminação quando da não aplicação da obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens aos sexagenários na união estável. Não existe diferença entre essas pessoas que tendo a mesma idade apenas optam pela informalidade de sua união. Então, não há outra justificativa se não a discriminação do legislador que demonstra claramente sua desaprovação ao casamento dos sexagenários e assim, viola a igualdade, afasta o princípio da isonomia, fere a dignidade destas pessoas.

José Afonso da Silva é brilhante ao conceituar a liberdade:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*.

Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é *poder* de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.¹⁵

O artigo 1.641 do Código Civil em seu artigo II fere também o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 que é “*destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos)*”.

O Estatuto assegura o gozo dos direitos fundamentais inerente à pessoa humana, e dispõe que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, prevendo

que todo o atentado aos seus direitos, por ação ou omissão será punido. Impõe como obrigação do Estado e da sociedade assegurar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. Ainda, prevê àquele que menosprezar, discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo pena de reclusão de seis meses a um ano e multa.

O sexagenário possui ampla proteção do Estado contra toda e qualquer violação aos seus direitos, logo, é inconstitucional qualquer lei que contrarie ou viole esta proteção.

Atualmente, existem projetos de leis que visam alterar o inciso II do artigo 1.641 do CC aumentando para setenta anos de idade a condição de obrigatoriedade do regime da separação de bens. Esta alteração, ao nosso ver, não modificaria em nada a situação de degradação ao idoso, vez que continuaria o discriminando.

Nenhum ser humano capaz merece ter cerceada sua autonomia. Entendemos que a solução a ser dada é a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil. As situações merecem ser analisadas caso a caso não se podendo generalizar e taxar todas as pessoas como incapazes única e exclusivamente em razão da idade.

Brilhante o voto da autora, na época Desembargadora Relatora, Maria Berenice Dias:

Incontroversa, pois, a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana como sendo uma qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Assim, não restam dúvidas que a presunção da incapacidade importa na limitação de tais características. Nesse passo, a imposição aos cidadãos da adoção de um regime legal de bens pela superveniência de determinada idade resultaria na condenação – e com data marcada – da perda da dignidade, ou seja, seria como lhes negar o direito à própria vida, enquanto seres humanos capazes, independentes, livres e iguais.¹⁶

Finalizamos com as palavras do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.¹⁷

CONCLUSÃO

Diante da liberalidade do Código Civil de 2002 os noivos passam a usufruir maior autonomia na escolha do regime de bens do casamento que adotarão, podendo escolher qualquer das formas elencadas no Código Civil, mesclá-las da melhor forma que lhes for possível

e até mesmo modificar o regime durante o casamento, o que era vedado pelo Código anterior, que teve vigência por quase cem anos.

Estas inovações na lei civil brasileira são de grandiosíssima importância visto as consequências que trouxeram aos casais.

Mas o legislador equivocou-se quando ao trazer maior liberdade dos nubentes, ao mesmo tempo manteve a imposição do regime da separação de bens aos indivíduos nas situações do artigo 1.641 do Código Civil. O artigo prevê três situações, mas apenas uma delas é de imposição absoluta: a das pessoas maiores de sessenta anos de idade.

Diante da justificativa totalmente infundada de que se estaria protegendo essas pessoas, se observa o preconceito latente de quem lançou a imposição quando afirma que todas as pessoas ao atingem os sessenta anos de idade estariam incapazes de administrar sua vida, e consequentemente o seu patrimônio.

Com a expectativa de vida cada vez maior dizer que as pessoas com sessenta anos são incapazes para os atos da vida civil é distorcer totalmente a realidade e negar-lhes todas as garantias que o Estado Democrático de Direito lhes oferece. Se o Estado não é eficaz em garantir o mínimo necessário aos seus, é falho, pois não atinge seus próprios fundamentos. Seu povo passa a desacreditar nas próprias leis, tornando-se vulneráveis, pois perdem sua base.

A lei é para um povo o sinônimo de justiça. Quando esta mesma lei atenta contra os direitos, principalmente aos indisponíveis, se abre as portas para o caos social.

O inciso II do artigo 1.641 do Código Civil merece ser declarado inconstitucional e assim, definitivamente afastado do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5: Direito de família.
- MADALENO, Rolf. *Repensando o direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2: Direito de família.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6.

NOTAS

- ¹ ISHIDA, Válter Kenji. *Direito de família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.
- ² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 206 – 207.
- ³ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*, v. 5: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158.
- ⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 326.
- ⁵ *Ibidem*, p. 329.
- ⁶ DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*, p. 233.
- ⁷ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.
- ⁸ DINIZ, M. H. *Direito Civil Brasileiro*, p. 191.
- ⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 216.
- ¹⁰ VENOSA, Silvo de Salvo. *Direito civil: Direito de família*, v. 6. São Paulo: Atlas, 2004, p. 181.
- ¹¹ MADALENO, R. *Repensando o direito de família*, p. 44.
- ¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 123.
- ¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.
- ¹⁴ PERELMAN, Charles apud SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 208.
- ¹⁵ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 227.
- ¹⁶ Apelação Cível nº 70014925432 julgado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proferido em 12/07/06.
- ¹⁷ SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 84-85.