

# **A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL.**

Giovanna Bezerra Campos<sup>1</sup>

Luciana Flávia Nunes Casimiro<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho, utilizando-se de metodologia hipotético dedutivo, através de pesquisas doutrinárias de diversos doutrinadores e jurisprudenciais, tem por objetivo discutir a possível declaração de inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos como regime legal, nos moldes do artigo 1641, II do Código Civil vigente. Embasa-se tal inconstitucionalidade pela violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, face retirar do idoso à necessária independência em seu poder de decidir. Atualmente, o idoso assume uma postura ativa perante a sociedade, sendo visto como sujeito de direito e obrigações capaz de escolher para si a gerência de seu patrimônio, inclusive, a escolha do regime patrimonial a ser adotado com o casamento, em respeito a sua autonomia da vontade.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional e Direito de Família. Casamento pelo regime de separação obrigatória de bens. Imposição legal. Inconstitucionalidade do inciso II do art. 1641 do CC.

## **ABSTRACT**

This study aims, through library research, data collection, and several scholars opinions, discuss the potential unconstitutionality of section II of art. 1641, of the current Brazilian Civil Code, which regulates the compulsory property system for people over seventy years separation, and where this device violates the principles of human dignity and equality. This paper aims to show the key role that the elderly takes on the society, and active participant, and as the subject of law is, whatever his age, he has the ability to choose for themselves, the type of system of property they want to take to solve contracted marriage, and should be respected by their will, not forced upon him the type of property regime to adopt. For these initially presented goals be achieved, a desk research was conducted by indirect means, using the hypothetical deductive method, based on bibliographical studies, which resulted in a qualitative nature study.

**Keywords:** constitutional law and family law. Marriage by the regime of mandatory separation of assets. Legal enforcement. Unconstitutionality of section II of art. 1641 CC.

---

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: giobezerra@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN. E-mail: casimiroLuciana@yahoo.com.br

## INTRODUÇÃO

A expectativa de vida do brasileiro tem aumentado significativamente a cada década, e um dos principais fatores é a melhoria da condição de vida das pessoas. Essa parcela da população chamada vulgarmente de “terceira idade”, precisa ser vista de forma independente, cabendo ao idoso o reconhecimento e o respeito pela melhoria social.

Porém muitas vezes não é o que acontece. O desrespeito ao idoso não se encontra só na rua, nas filas de preferências desrespeitadas, na impaciência e intolerância familiar, se encontra também dentro do ordenamento jurídico vigente, no momento que se estipula norma legais discriminatórias, como por exemplo, a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, nos termos do artigo 1641, inciso II do Código Civil (MANOLE, 2011).

Diversos são os questionamentos acerca da constitucionalidade do aludido artigo, sendo a razão da escolha do tema objeto do presente trabalho: analisar o idoso como sujeito de direitos que é, no qual deve ser tratado de forma isonômica pelo ordenamento jurídico.

Porém, dissertar sobre a possível inconstitucionalidade do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, implica em entender como tal norma surgiu, saber a raiz histórica, e entender a sua evolução, ressaltando-se a sua natural vinculação com a instituição do casamento, ato, em regra, voluntário.

Numa rápida o Código Civil, de 1916, o regime de separação de bens era uma imposição ao homem tivesse mais de 60 anos e à mulher se mais de 50 anos. Com o novo código civil, a diferença de idade entre esses sujeitos desapareceu, restando estabelecida a mesma idade para ambos – 60 anos, majorada para 70 anos, pela Lei 12.344/2010, de 10/12/2010 (BRASIL, 2011).

Nesse sentido se percebe que o legislador acompanhou a evolução da sociedade no que diz respeito ao aumento de expectativa de vida e à igualdade entre homens e mulheres, porém não deu espaço aos idosos como sujeitos lúcidos e com poder de decisão, exclusivamente por um critério cronológico: certa idade. Verifica-se claramente um divisor de águas.

Tal tratamento conferido pelo legislador tem como justificativa proteger o idoso de um possível “golpe do baú”, porém acaba por ferir os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, e nesse pensar, passa-se a expor o tema.

## 2.0. DO CASAMENTO X REGIME DE BENS

### 2.1. Evolução histórica

Prefacialmente, não há como separar casamento do regime de bens, mas essa necessária vinculação não anula a importância de cada um no ordenamento jurídico.

Tratando acerca da importância do casamento ensina Maria Helena Diniz (2008, p. 37) *que é o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade.*

No que tange ao regime jurídico de bens, ensina Silvio Rodrigues citando Lafayette Rodrigues *é a exposição dos princípios do Direito que regem as relações de família, do ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as pessoas como sobre os bens.* (RODRIGUES, 2007, p. 03)

Iniciando-se o estudo evolutivo do casamento, reporta-se ao Código de Hamurabi – ano 1692 aC - onde já havia disposições acerca dos direitos no casamento, quando tratou, no título X, do matrimônio e família, delitos contra a ordem da família, contribuições e doações nupciais e sucessão.

Já em relação à sociedade ocidental, a primeira forma de regulamentação jurídica do casamento adveio da Antiga Roma. O matrimônio era solene, visto como um laço sagrado por excelência, no qual obrigatoriamente se instrumentalizava: a) pela *confarreatio*, nome dado a cerimônia religiosa à época - simbolizando a vida em comum que se iniciava; b) a *coemptio* - negócio jurídico formal, simbolizado na venda da mulher por quem exercia o pátrio poder, demonstrando-se que a mulher não tinha qualquer direito a voz, sobre si ou sobre seu corpo. c) e por último, pela *usus*, outra possibilidade de união, onde a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência.

Nesse sentido explica o professor Washington de Barros Monteiro:

Historicamente, o casamento começa a interessar em Roma, onde se achava perfeitamente organizado. Inicialmente, havia a *confarreatio*, a *coemptio* e o *usus*. A primeira era o casamento da classe patrícia, correspondendo ao casamento religioso. Dentre outros traços, caracterizava-se pela oferta aos deuses de um pão de trigo, costume que, estilizado, sobreviveu até aos nossos dias, com o tradicional bolo de noiva. Esta primeira forma não tardou, todavia, a cair em desuso e já se tornara rara ao tempo de Augusto. A *coemptio* era o matrimônio da plebe, constituindo o casamento civil e descrito por GAIO como uma imaginaria *venditio*. Finalmente, o *usus* era a aquisição da mulher pela posse, equivalendo assim a uma espécie de usucapião. (BARROS, 2008, p.28).

Como consequência da instituição do casamento, também se preocupou com o disciplinamento do regime patrimonial. Segundo, Arnaldo Wald (2000, p. 106), o patrimônio conjugal no Direito Romano se verifica:

É interessante assinalar a evolução do regime econômico familiar desde o direito romano até os nossos tempos. Já vimos que, inicialmente, a família era uma unidade econômica, tendo patrimônio próprio, administrado pelo pater família. A emancipação gradual da mulher e dos filhos levou o direito romano a criar pecúlios, adotando-se regime dotal a fim de proteger os direitos da mulher aos seus bens próprios, que não podiam mais ser alienados pelo marido. O direito medieval restabeleceu a unidade patrimonial da família, mas já agora considerando como titulares tanto o marido como a mulher e exigindo para os atos importantes da vida econômica autorização da mulher (outorga uxória).

Sílvio de Salvo Venosa ainda relata sobre a evolução romana do regime de bens no casamento:

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo marido, que se tornava único proprietário e administrador. Tratava-se de consequência do casamento cum manu, ao qual já nos referimos. Como a mulher ficava sujeita ao poder do pater família, assim também ficavam seus bens. O antigo direito saxão também estabeleceu uma unidade patrimonial entre os esposos e foi aplicado igualmente nos Estados Unidos até meados do século XIX, sendo substituído pelo regime da separação, como consequência da emancipação da mulher. A legislação comparada toma os mais diversos rumos nessa matéria, não se divisando tendência de uniformidade, como ocorre em inúmeros outros institutos jurídicos. Cada país apresenta matiz próprio, porque o regime de bens conjugais depende dos costumes e das necessidades sociais locais. (VENOSA, 2005, p. 354)

Na Idade Média, as relações da família e casamento eram regidas pelo Direito Canônico. Nesse período, como explica Arnaldo Wald (2000, p. 14), *o casamento se realizava pelo consenso, declarando as partes a sua vontade, normalmente em público e na presença do sacerdote, tornando-se perfeito com a cópula carnal.*

Foi também nessa época, que surgiu o **regime da comunhão de bens**, influenciado pela moral cristã, diferindo do Direito Romano, o qual predominava o **regime de dotes**.

Segundo ensinamento de Arnaldo Wald:

Os costumes medievais desenvolveram-se na França e em outros países europeus as chamadas *communautés taises* (comunhões tácitas), em certos

grupos sociais, que passavam a constituir uma única unidade econômica. O regime da comunhão se consolidou na família medieval sob a influência da moral cristã, que visava a cimentar a unidade da familiar até no campo patrimonial. (WALD, 2000, p. 106)

No Brasil, por muitas décadas, prevaleceu o casamento religioso, pois a Igreja era a representatividade do Estado. Porém a sociedade também era constituída por pessoas não católicas e por imigrantes que possuíam outros costumes e crenças, não podendo ficar à margem da proteção estatal. Assim, o Estado Brasileiro teve que solucionar essa situação, regularizando o casamento para acatólicos.

O matrimônio efetivamente perdeu o seu caráter confessional com a Proclamação da República, passando o Brasil a ser um Estado laico como nos ensina Washington de Barros Monteiro:

Entre nós, por longe tempo, prevaleceu o casamento religioso. Como observa Clóvis (Direito de Família, pag. 57.), enquanto quase-totalidade dos brasileiros era católica, inconveniente algum havia em alhear-se o Estado a recuperação de seus direitos. A imigração, porém, com inevitável introdução de novas crenças, tinha que impor a decretação de outra forma de casamento, mais compatível com as circunstâncias.

Foi assim que, a 11 de setembro de 1861, surgiu lei, regulando o casamento dos acatólicos, a celebrar-se segundo o rito religioso dos próprios nubentes. Tratava-se, sem dúvida, do primeiro passo para a emancipação do casamento da tutela eclesiástica. Posteriormente, fizeram-se várias tentativas no sentido de secularizar o matrimônio, mas somente com a proclamação da República, mercê da separação do poder temporal e espiritual, veio ele a perder seu caráter confessional (Dec. Nº 181, de 24-1-1890). Desde então temos, entre nós, o casamento civil. (MONTEIRO, 1997, p. 15).

Assim, a importância do aludido fato está no Decreto n. 181 de 1890, no qual disciplinou o casamento religioso somente como uma opção e não mais uma imposição, um requisito legal à constituição de uma entidade familiar.

A respeito do assunto, o Brasil suporta os efeitos, no tocante a família e ao casamento, da estrutura familiar romana, canônica e germânica. Como ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do

aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidade. (GONÇALVES, 2009).

Dessa forma, o Código Civil Brasileiro de 1916, adotou a linha do direito canônico, onde a família só podia ser constituída através do casamento, mostrando assim a prevalência patriarcal e hierarquizada. Além disso, defendia que a escolha do regime de bens deveria anteceder o casamento, não poderia ser alterado no curso da vida conjugal, diante o estabelecimento legal da sua irrevogabilidade (VENOSA, 2005).

Quando da vigência do texto civilista anterior, quatro eram os regimes de bens, quais sejam comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal, sendo o primeiro regime estipulado pela não escolha expressa dos nubentes até 26/12/1977. Isso mudou com o advento da Lei 6.515, de 26/12/1977 (BRASIL, 2011), a qual estipulou, na ausência do pacto antenupcial, o regime da comunhão parcial de bens.

Com a vigência do Código Civil de 2002, em 10 de janeiro de 2003, os regimes patrimoniais do casamento passaram a ser o da comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos, separação de bens,<sup>3</sup> sendo-lhe retirado o regime dotal previsto pela lei revogada.

O texto civilista atual, portanto, permite aos nubentes, em regra, a escolha no regime de bens adotado pelo casamento, mediante pacto antenupcial, existindo, inclusive, a possibilidade de mesclar os regimes.

Nesse escólio, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

Todavia esse diploma, além de facultar aos cônjuges a escolha dos aludidos regimes, permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais do art. 1641, I a III, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente. (GONÇALVES, 2009).

Sendo, que a palavra escolha, não é aplicada em alguns casos, dentre eles, aos maiores de 70 anos, cujo regime obrigatoriamente é o da separação de bens, nos moldes do artigo 1641, II do CC.

---

<sup>3</sup> Vide Arts. 1640 e 1641 e 1658 a 1688 do CC.

## **2.2 Regimes de Bens: Das Espécies vigentes**

Optar pelo casamento é um grande passo na vida de um casal, sendo-lhe essencial a união espiritual de sentimentos e mútua cooperação, e não a condição financeira de um ou do outro. Entretanto a união de corpos acaba por gerar efeitos patrimoniais para ambos, como as despesas com moradia, filhos e bens, que se porventura não der certo, poderá ou será feita a respectiva divisão de acordo com o regime de bens adotado.

É o que explica Silvio de Salvo Venosa (2005, p.353):

A união pelo casamento almeja mutua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher trás inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente as necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta o cunho econômico direito no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida.

Preconiza, ainda, Carlos Roberto Gonçalves:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, que no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na Constancia da união conjugal. (GONÇALVES, 2009, p. 369).

Assim, o regime de bens é visto como uma das consequências jurídicas automáticas do casamento, aos quais passo a explicá-los.

### **2.2.1. Comunhão Parcial<sup>4</sup>**

---

<sup>4</sup> Vide arts. 1658 a 1666 do CC.

Esse regime patrimonial do casamento, também conhecido como o legal, é o que prevalece no silêncio dos nubentes, ante a ausência de pacto antenupcial, ou existindo, for nulo ou ineficaz, sendo o querer dos nubentes à vontade da lei.

Dispõe sobre o referido regime, o professor e doutor, Silvio Rodrigues:

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham adquirir por causa anterior ao e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro. (RODRIGUES, 2007, p. 178).

Destarte, o que acontece nesse tipo de regime há a incomunicabilidade dos bens que cada cônjuge possuía antes do casamento, como regra, havendo a comunhão apenas dos bens adquiridos gratuita ou onerosamente na constância do casamento por esforço comum, existindo assim 03 categorias de bens: apenas os da mulher, os do marido (bens particulares), e os comuns.

### **2.2.2. Comunhão universal<sup>5</sup>**

Na comunhão universal de bens, dispõe o artigo 1667 do CC:

O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Nesse tipo de regime, comunicam-se, como regra, todos os bens, passados, atuais e futuros, não somente os adquiridos no casamento. Cada cônjuge aparece como meeiro do do patrimônio total, ainda que nenhum deles contribua materialmente ao acervo na constância do matrimônio.

Explica Maria Berenice Dias (2006, p.208):

---

<sup>5</sup> Ver arts. 1667 a 1671 do CC

Pretendendo os noivos transformarem o casamento em uma união não só de vida, mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime da comunhão universal ( CC 1.667 a 1.671). Assim, ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, a qual se agrega tudo o que vier a ser adquirido a título oneroso, por doação ou herança por qualquer dos cônjuges, na constância do enlace conjugal, os patrimônios se fundem em um só. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros bem como as dívidas passivas contraídas por qualquer dos cônjuges durante o casamento, instaura-se o que se chama de *mancomunhão*, ou seja, propriedade em mão comum.

Portanto, a regra, nesse regime de bens, que inclusive já foi o regime legal como outrora dito, é a comunicabilidade de todos os bens, sendo, classificados como comuns aos cônjuges – *tudo é nosso ou nossos bens*.

### **2.2.3. Participação final nos aquestos<sup>6</sup>**

Trata-se de uma inovação trazida pelo novo Código Civil, sendo assim conceituado por Carlos Roberto Gonçalves:

É considerado ideal para as pessoas que exercem atividades empresariais, pela liberdade que confere aos cônjuges de administrar livremente, na constância da sociedade conjugal, o seu patrimônio próprio, sem afastar a participação nos aquestos por ocasião da dissolução da aludida sociedade. (GONÇALVES, 2009, p.144).

Configura-se como um regime híbrido, pois na constância do casamento, aplicam-se as regras da separação total, cabendo a cada cônjuge apenas o patrimônio próprio. Entretanto, se houve extinção do vínculo conjugal, verificam-se as regras do regime da comunhão parcial.

Pondera Carlos Roberto Gonçalves (2009, p.44):

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, a época da dissolução da sociedade conjugal a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

---

<sup>6</sup> Arts. 1672 a 1686 do CC

## 2.2.4. Separação

O regime de separação pode ocorrer pela vontade dos nubentes<sup>7</sup>, em pacto antenupcial, ou pode ser decorrente da lei<sup>8</sup>, neste último caso, nominada de **separação obrigatória**.

Como bem explica Sílvia Rodrigues (2007, p. 190), *os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento*.

Assim, não há reflexos na esfera patrimonial dos nubentes, a separação convencional ou obrigatória, como mesmo explica o artigo 1.687 do CC, cabendo a responsabilidade da administração dos bens, de forma individual: é seu, é meu.

### 2.2.4.1 Separação obrigatória de bens: Análise do artigo 1641 do CC

O texto civilista pátrio e vigente elenca em seu artigo 1.641, situações em que o regime patrimonial compulsoriamente adotado pelos nubentes é o da separação de bens, *in verbis*:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
**II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Alterado pela L-012.344-2010)**  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. (Grifo destacado).

Verifica-se no supramencionado artigo, que o legislador não oportuniza aos nubentes, que se enquadra em uma das aludidas situações, o direito de escolha quanto ao regime patrimonial.

O inciso I trata dos casos em que o casamento foi realizado sem a observância das causas suspensivas elencadas no artigo 1.523 do CC:

Art. 1.523. Não devem casar:

---

<sup>7</sup> Artigos 1687 e 1688 do CC

<sup>8</sup> Artigo 1641 do CC

**I** - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

**II** - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

**III** - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

**IV** - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

O legislador enumera taxativamente as situações em que aconselha não haver o casamento. Caso não sejam observadas as presentes causas, não haverá o anulação ou invalidação do ato, todavia será imposto o regime de separação aos cônjuges, como um espécie de sanção, por segurança ao fato jurídico.

No concernente ao inciso II do artigo 1.641 do CC - *o casamento para pessoas maiores de setenta anos* – foi adotado exclusivamente um critério cronológico na imposição do regime da separação de bens.

Entrementes, a doutrina não concorda com o referido dispositivo. Nesse pensar, o Ministro Cezar Peluso, no Código Civil Comentado (MANOLE, 2011 p. 1864):

A doutrina observa que esse dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente de 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens.

Assim, discorre também sobre o tema Paulo Luiz Lôbo Netto, onde a referida hipótese é *atentória do principio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia e constrange-la a tutela reducionista*. (LÔBO, 2003).

Nesse diapasão, Maria Helena Diniz (2005, p. 187):

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer ator na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado ‘golpe do baú’.

Também contextualiza sobre o tema, Maria Berenice Dias (2006, p. 114):

[...] das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 60 anos (CC 1641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. Em todas as outras previsões em que incide a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsidio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: afastar a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista a possibilidade de ser afastada a condenação legal. Em todas as demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir dita pena (CC 1.523, parágrafo único). Tal chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental e que nem têm família a quem deixar seus bens. Não há outra opção. A lei é implacável. Ora, se a seqüela legal pode ser afastada para as demais, nada justifica não possa ser eliminada a imposição coacta aos sexagenários. Outro fundamento não deixa margem a qualquer resposta: a escancarada afronta ao princípio da isonomia que a regra legal encerra. É que essa restrição não existe na união estável. Assim injustificável o desigualitário tratamento dispensado ao casamento. As limitações impostas à vontade dos noivos acabam tornando mais vantajosa à união informal.

Já o inciso III do art. 1641, impõe o regime de separação de bens para todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Ensina Carlos Alberto Gonçalves (2009, p. 426) *que o referido dispositivo tem evidente intuito protetivo e aplica-se aos menores que obtiveram o suprimimento judicial de idade ou o suprimimento judicial do consentimento dos pais.*

### **3.0 – Lei nº 12.344/2010: aspectos genéricos**

Decorrente do Projeto de Lei 108/2007, apresentado pela Deputada Solange Amaral (PFL/RJ), surgiu a Lei 12.344, de 09 de dezembro de 2010, cujo objetivo foi à modificação do limite temporal de 60 para 70 anos daqueles que desejarem contrair matrimônio, mas sob o regime da separação obrigatória de bens, nos moldes do art. 1641 do CC.

A mencionada deputada fundamentou<sup>9</sup>:

Nos primórdios do Século XX, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade, a Lei No. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o que condicionou o legislador a estabelecer que nos casamentos envolvendo

---

<sup>9</sup> <http://www.direitointegral.com/2010/12/lei-12344-separacao-bens-casamento-70.html>- Acesso em 21/10/2011

cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos deveria ser observado o Regime de Separação Obrigatória de Bens, norma expressa no inciso II do Art. 258 daquele Estatuto. Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou 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. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa.

Portanto, a majoração da idade está justificada no aumento da expectativa de vida, adequando o ordenamento jurídico à nova realidade brasileira.

### **3.1. Críticas ao Artigo 1641, II do CC, alterado pela Lei 12.344/10: Inconstitucionalidade do Preceito.**

Inúmeras são as críticas que subsistiram após a vigência da Lei 12.344/10, dentre elas, a possível inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, malgrado dispositivo ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Flávio Tartuce pondera:

[...] forte é a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a sua inconstitucionalidade, por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz. Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana. (TARTUCE, 2011).

Ainda sobre o referido assunto Freddie Didier Júnior<sup>10</sup>:

Em segundo lugar, impõe a lei civil restrição à liberdade de escolha do regime de bens do casamento quando um dos nubentes tiver mais de sessenta anos de idade (inciso II, art. 1.641), em nítida violação aos princípios constitucionais. Com efeito, como averbado alhures, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). A hipótese atenta contra o "princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz.

Nesse mesmo sentido, Rolf Madaleno:

No tocante à imposição do regime obrigatório da separação de bens pela inconstitucional discriminação da idade, Caramuru Afonso Francisco refere ser deplorável a manutenção da separação obrigatória de bens por questão de idade dos nubentes, unificada para sessenta anos pela paridade constitucional, constituindo-se em uma afronta ao princípio extremo de respeito à dignidade da pessoa humana, cujo postulado está consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição de República. Maria Berenice Dias assevera ser essa limitação odiosa e inconstitucional, e tem razão, por se tratar de um dispositivo com claro propósito de limitação da capacidade das pessoas, sem qualquer avaliação acerca do discernimento do nubente sexagenário, destituído de defesa e argumentação, para simplesmente considerá-lo inapto para exteriorizar seus sentimentos através de um casamento sem imposições nascidas da suposição de quem dele se aproxima afetivamente o faz com propósitos eminentemente materiais. (MADALENO, 2008).

Por fim, Marco Aurélio da Silva Viana:

Temos a regra como inconstitucional. Pensamos que a restrição fica prejudicada em face da ordem constitucional, em especial a norma do art. 5º, I, da Lei Maior. A norma iguala homens e mulheres, trazendo, na parte final, uma reserva constitucional, segundo a qual somente a Constituição Federal pode desigualar. Isso é vedado à lei ordinária. Além de não adotarmos a posição de Clóvis Beviláqua, porque entendemos que sentimento não conhece limite em função dos anos vividos, bem como não se pode dizer que

---

<sup>10</sup> <http://www.direitointegral.com/2010/12/lei-12344-separacao-bens-casamento-70.html>- acessado em 21/10/1/2011

não exista impulso afetivo no ser humano em decorrência da idade, entendemos que a reserva constitucional faz com que o dispositivo perca eficácia. (VIANA, 2008).

Não é só a doutrina que critica o dispositivo civilista. A jurisprudência também já se manifestou acerca do assunto, podendo-se destacar os julgados citados por Flávio Tartuce:

[...] um do Rio Grande do Sul e outro de São Paulo, pela eminência de seus relatores (TJRS, Apelação 70004348769, 7.ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 27.03.2003 e TJSP, Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2.ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. César Peluso, j. 18.08.1998). Na opinião desde autor o aumento de idade para os 70 anos, conforme a recente Lei n. 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese de inconstitucionalidade (TARTUCE, 2011).

Compartilhando desse entendimento, diversos posicionamentos jurisprudenciais insurgem no território brasileiro, dentre eles, o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Presidente do STF Ministro César Peluso:

CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único (atual art. 1641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (‘substantive due process of law’), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC)”. (TJ/SP, Ac. 2º Câ. De Direito Privado, Ap. Cív. 007.512-4/2-00 – comarca de São José do Rio Preto, rel. Des. Cezar Peluso, j. 18.8.98, in RBDfam 1:98).

Destarte, apesar da contrariedade à lei e ao dispositivo constitucional, permanece vigente o dispositivo discriminatório do Código Civil, ora abordado.

### **3.1.1 – Enunciado 125, da I Jornada de Direito Civil**

O Enunciado 125 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho de Justiça Federal aparece para auxiliar a proposta da revogação do inciso II do artigo 1641 do CC, no qual defende que não pode haver uma presunção absoluta da incapacidade dos maiores de setenta anos pelo fato de escolherem o tipo de regime que querem adotar ao casar:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2007, p.34)

Sobre o assunto Flávio Tartuce preceitua:

Reconhecendo doutrinariamente a inconstitucionalidade, o Enunciado n. 125, da *I Jornada de Direito Civil*, propõe a revogação do comando. Constan de suas justificativas: A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto as pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Vale dizer que já existem projetos de lei cujo objetivo é propor a revogação do inciso II do art. 1641 do CC, merecendo destaque um na Câmara dos Deputados é o Projeto de Lei 2.285/2007, de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, e o de Lei 209/2006, cujo autor é o Senador José Maranhão, aguardando-se uma providência legal mais efetiva no deslinde da presente celeuma.

## **5.0. CONCLUSÃO**

Após realização do presente estudo, percebe-se nos dias atuais, o importante papel do idoso na sociedade, mostrando sua energia e lucidez, não podendo ele ser tratado como alguém incapaz, sem condições de escolher para si o tipo de regime de bens que deseja adotar ao se casar.

O legislador ao impor a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, não está protegendo especificadamente essa parcela da população, pois qualquer pessoa em qualquer idade pode ser enganada. Na verdade, tal norma mostra que todos maiores de setenta anos não possuem capacidade de escolher o regime de bens que preferir.

É preciso que o legislador e parte da doutrina entendam a particularidade de cada caso: pode sim existir pessoas nessa faixa etária (70 anos ou mais) que sejam facilmente enganadas, mas isso pode acontecer com alguém de 20, 30, 40 anos. Uma pessoa de 70 anos está vulnerável a ser enganada em uma relação como uma de pessoa 20 anos também está, ora, é até mais difícil um idoso ser enganado, por já ter vivido tanto e saber se defender de um aproveitamento financeiro.

Sendo assim, a lei foi fria e seca no sentido de tornar o idoso um ser incapaz de fazer alguém se aproximar dele por amor, onde qualquer pessoa que dele se aproxime seja por puro interesse, mostrando o caráter totalmente patrimonialista do dispositivo que trata do assunto, inciso II do art. 1641 do CC. O que não pode é o legislador tratar essa parcela da população como incapaz, apenas pela idade, isso fere os princípios constitucionais, como o da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Pode-se concluir que o assunto ainda não é pacífico, muitas são as discussões acerca do tema, onde grande parte dos doutrinadores defende a possível inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do CC, sendo este o meu ponto de vista no presente trabalho, e outra parte concorda com o legislador no sentido de justificar o inciso como sendo de caráter protetivo.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Projeto de Lei 209/2006. Disponível em:

[http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=78350](http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=78350). Acesso em 23 novembro 2011.

**Código civil comentado: doutrina e jurisprudência.** Lei n. 10.406 de 10.01.2002: contendo o Código Civil de 1916/ Coordenador Cezar Peluso - 5. Ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3 ed. rev. e atual e ampl. – São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 5º Volume, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro,** 5º volume: direito de família – 20ª Ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei 6.960/2002 – São Paulo Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro,** volume IV: direito de família – 6 ed. – São Paulo: Saraiva 2009;

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693,** volume XVI – São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. A união matrimonializada e sua evolução histórica.  
[http://www.pesquisedireito.com/um\\_eh.htm](http://www.pesquisedireito.com/um_eh.htm) - acessado em 01/11/11

PASSARELI, Luciano Lopes. **Projeto de Lei 2.285/2007. Estatuto das famílias. Disponível em**  
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=406>. Acesso em 23 novembro 2011

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSAS, Daniella Ribeiro De Andrade. **A imposição do regime de separação de bens a maiores de 60 anos e o princípio da isonomia.**

Disponível em [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4063](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4063) - Acessado em 31/10/11

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil : volume único**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil, volume 6: direito de família**. 3 ed. São Paulo, SP: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

---

<http://www.direitointegral.com/2010/12/lei-12344-separacao-bens-casamento-70.html>- acessado em 21/11/2011.

---

<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=246531>  
acessado em 22/11/2011.

---

[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5899](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5899) – acessado em 31/10/11

---

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tTlr5yZj58MJ:hoerarquiabiblica.blogspot.com/2010/04/codigo-de-hamurabi-comentado.html+c%C3%B3digo+de+hamurabi+e+o+casamento&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> acessado em 01/11/11