

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

EDBRANDON APÓSTOLO SANTOS

**REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA OS SEPTUAGENÁRIOS E SEU
DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

ARACAJU
2017

EDBRANDON APÓSTOLO SANTOS

**REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA OS SEPTUAGENÁRIOS E SEU
DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Projeto apresentado ao Curso de Direito, da FANESE,
Como requisito para título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Carlos

ARACAJU
2017

Ficha Catalográfica

S237r SANTOS, Edbrandon Apóstolo.

Regime Obrigatório De Bens Para Os Septuagenários E Seu Desacordo Com A Constituição Brasileira / Edbrandon Apóstolo Santos. Aracaju, 2017. 45 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

1. Casamentos 2. Inconstitucionalidade 3. Regime Obrigatório de Bens 4. Direito Indispensável 5. Liberdade I. TÍTULO.

CDU 340.61; 347.62(813.7)

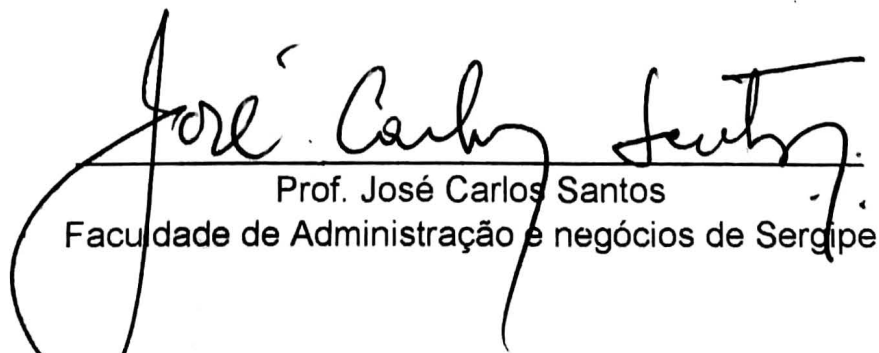
Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira – CRB-5/1255

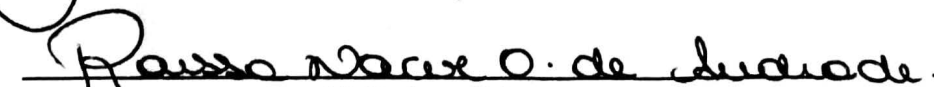
**REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA OS SEPTUAGENÁRIOS E SEU
DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**


Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovado em 2/12/17

BANCA EXAMINADORA


Prof. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e negócios de Sergipe


Prof.^a Raissa Nacer
Faculdade de Administração e negócios de Sergipe


Prof.^a Kelly Valença
Faculdade de Administração e negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Quero louvar e agradecer a Deus por todas as bênçãos alcançadas até o presente momento, a minha mãe Jucimara dos Santos, esta mulher guerreira que esteve presente nos momentos mais difíceis da minha vida, e que me ensinou o verdadeiro sentido da palavra “Caráter, ética e moral”, esta é minha heroína.

Ao meu pai Evandro Apóstolo Santos que através dele eu vim reconhecer que o estudo é o portal para um futuro brilhante, e que nesse exato momento dou um enorme passo para que isso se concretize.

À minha amada esposa Layne Santana, que nos conhecemos em um cursinho preparatório para o vestibular e a partir daí os incentivos, companheirismo e determinação em me ajudar a vencer esta batalha foi constante e decisivo.

Aos meus irmãos Evandro Apóstolo Santos Junior, Evanny Laura Apóstolo Santos e Eduarda Vitoria Apóstolo Santos que esteve ao meu lado em todos os momentos primordiais, saibam que mesmo sem querer vocês me ajudaram, porque a base eu aprendi com vocês.

À minha avó materna Rivanda dos Santos esta sim que em seu momento mais difícil não hesitou um pedido meu, grato pelos seus conselhos que durante a minha trajetória foi minha base, obrigado Vovó. Agradeço também ao meu avô Gilson, aos meus avôs paternos Ednaldo Apóstolo e Lourdes Apóstolo, pelo auxílio que tive a cada período avançado. Aos meus tios e tias vão os meus agradecimentos, em especial a Anderson França que no início da minha jornada se fez presente, aos meus sobrinhos e primos obrigados por sua existência em minha vida.

Aos meus sogros Erivaldo e Raimunda meu eterno agradecimento pelo apoio constante.

Meu grande amigo José Ramilton Timóteo, você foi um anjo guiado por Deus que se fez presente em duas fases de grande importância na minha vida, jamais esquecerei, saiba que foi de imensa importância para que hoje isto tudo se concretizasse. Aos meus amigos (CCB, colégio, trabalho, faculdade, professores e todos que tiveram ao meu lado ao decorrer da minha vida) meus sinceros agradecimentos, em especial ao meu orientador Professor José Carlos, Professor do fundo do meu coração obrigado!

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por guiar-me até o presente momento, aos meus pais, irmãos, esposa e família que não mediram esforço para que alcançasse essa nova etapa da minha vida, Agradeço também a todos os professores que me acompanharam durante a graduação em especial ao professor José Carlos, ao qual foi o meu auxílio na realização desse trabalho.

EPÍGRAFE

“Treine enquanto eles dormem, estude enquanto eles se divertem, persista enquanto eles descansam então viva, o que eles sonham.”

(Provérbio Chinês)

“Se você só fizer o que já sabe, não vai ser nada além do que já é.”

(Mestre Shifu)

LISTA DE SIGLAS

CC	Código Civil.
CPC	Código de Processo Civil.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

O trabalho vem vislumbrar a inconstitucionalidade da exigência do regime obrigatório para os idosos com 70 anos ou mais, originando da hipótese de que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil é absolutamente contraditório frente ao Direito Constitucional. Dispondo como explicação a circunstância de manifestar que a pessoa com idade maior de setenta anos ser decrépito, acreditando que a mesma é inapta para escolher seu próprio regime de comunhão de bens na celebração do casamento, como também por ser anoso merece auxílio nos seus interesses patrimoniais, por acreditarem ser incapaz para tal assunto. Este regramento não encontra apoio, coesão, entendimento, justiça, entre outros princípios que impeça à soberania patrimonial da pessoa septuagenária no nosso corpo social brasileiro. Tratando de um regramento inaceitável nos padrões vigentes do direito e, utilizar, é ter uma opinião arcaica no arcabouço jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Casamentos. Inconstitucionalidade. Regime obrigatório de bens. Direito indispensável. Liberdade.

ABSTRACT

The work reveals the unconstitutionality of the requirement of the compulsory regime for the elderly with 70 years or more, originating from the hypothesis that article 1.641, II, of the Civil Code is absolutely contradictory to Constitutional Law. As an explanation, the circumstance that the person over the age of seventy is decrepit, believing that it is unfit to choose his own regime of communion of property in the celebration of marriage, but also because it is deserving of help in his patrimonial interests, because they believe they are incapable of doing so. This rule does not find support, cohesion, understanding, justice, among other principles that prevents the patrimonial sovereignty of the septuagenarian person in our Brazilian social body. Treating an unacceptable rule in the current standards of law and, to use, is to have an archaic opinion in the Brazilian legal framework.

Keywords: Weddings. Unconstitutionality. Mandatory regime of goods. Indispensable right. Freedom.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ARQUÉTIPOS FAMILIARES	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
1.1 MODELOS BRASILEIROS SOBRE A FAMÍLIA.....	11
1.2 CONJUNTURA DA FAMÍLIAPATRIARCAL	13
1.3 FAMÍLIA BRASILEIRA E CONTEMPORANEIDADE	14
2 REGIME DEBENS	18
2.1 PRINCÍPIOS REGULADORES REGIMENTAIS.....	19
2.2 LIBERDADE DE ESCOLHA REGIMENTAL.....	19
2.3 VARIEDADE REGIMENTAL DOS BENS	Error! Bookmark not defined.
2.4 MUTABILIDADE REGIMENTAL DOSBENS	22
2.5 TIPOS DE REGIME DE BENS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	24
2.5.1 Regime de Comunhão Parcial deBens	25
2.5.2 Regime de Comunhão Universal deBens	26
2.5.3 Regime de Participação Final nosAquestos	28
2.5.4 Regime de Separação Convencional deBens	32
2.6 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS	33
3 O DESACORDO CONSTITUCIONAL DA IMPOSIÇÃO DO REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS	38
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo fundante a explicação do ferimento que a separação de bens obrigatória para os septuagenários causa à Constituição Brasileira. O Estado não pode nem deve reger a vida coletiva e particular de modo autoritário, tendo em vista que a Constituição Brasileira segue uma linha estritamente patrimonialista e protetora da propriedade privada, combatendo contra os vários direitos estabelecidos e eternizados na Constituição de 1988.

O Código Civil de 2002 reteve os mesmos princípios do Código Civil referente ao ano de 1916, traçando a personalidade materialista do tema homologado, não recebendo os princípios basilares que todo o cidadão tem dentro da sociedade declarados na Constituição Federal, que são: o da dignidade individual enquanto participante da espécie humana – que procura firmar circunstância de respeito. Indo das premissas maiores até suas últimas conclusões, é notório que o Estado, procura defender o patrimônio social, facultando a ordenação familiar constituída no afeto, caridade, amor e solidariedade. E o princípio da ausência de liberdade em razão que deixa o septuagenário em uma posição menor incorporado da sociedade.

Logo em seguida, este trabalho delineará a salubridade da família dentro do contexto brasileiro. O método em questão vai tomar em conta os equilíbrios, princípios gerais dentro do ambiente social e jurídico que se agregam, apresentando que o ministrador do direito tem que ponderar o direito em sua totalidade, portanto, conduzir uma análise sistemático e teleológico, não unicamente exercer esta matéria com fundamento nas regras propriamente prontas. Desta forma, mostrará que a execução fundada na escola Contemporânea do Positivismo se apresenta imprópria perante o período de transformação que estão percorrendo por meio da superioridade do neoconstitucionalismo, ao qual retrata uma compreensão hermenêutica a ponto de persuadir e promovendo uma estrutura, mas favorável incluso no nosso arcabouço jurídico, vilipendiar a coeficiente de veracidade coletiva em que o homem está incluído.

O presente estudo é caracterizado como uma revisão bibliográfica que de acordo com Gil (2009) pode ser efetivada por meio de um conjunto de materiais registrados que contêm informações já elaboradas e publicadas por outros autores.

O trabalho será dividido em um total de quatro capítulos, onde o capítulo inicial descreverá o quadro histórico do surgimento e definição da família brasileira e suas variantes no andar da história até a contemporaneidade.

Posteriormente, indicará a relevância que a família apresenta dentro da situação social que vivemos atualmente e o seu objetivo dentro do meio social brasileiro para o cidadão, que tem de manter um relacionamento matrimonial aderindo os posicionamentos religiosos e sociais.

O capítulo de número três indicará um delineamento o Código Civil Brasileiro em relação aos regimes de bens adotados pelo mesmo.

No final, concluirá o quarto capítulo apresentando metodicamente o agravo à constituição que art. 1.641, inciso II, do Código Civil apresenta, reunindo uma determinação discriminatória para os septuagenários.

1- ARQUÉTIPO FAMILIAR

1.1 MODELOS BRASILEIROS SOBRE A FAMÍLIA

Durante todo o século XX, o arquétipo do Direito de Família do Brasil manteve um método autêntico de construção, alterando sua natureza e função. Ao andar dos anos, o matrimônio sempre foi o recurso que legitima a família, acontecimento que encontra seu paralelo na Europa, por conta da cultura Cristã fundante de ambos os lugares. As constantes mudanças culturais imporão que a sociedade reconhecesse novos modelos de família fundada pela união afetiva: união estável, avoenga, etc. (GAGLIANO, 2012, p. 84).

[...] a família, enquanto instituição social é um ente que precede a existência mesma do estado, e ainda, enquanto micro nação com nuances políticas é anterior à religião e anterior ao direito que hoje alimita, é uma das poucas instituições que atravessou toda a história humana sem perder sua integridade perante as várias inovações e revoluções que foram surgindo durante os séculos, sejam elas revoluções sociais, culturais ou outras, existindo impavidamente desde os seus primeiros momentos na história até o momento atual (LEITE, 1999, p. 117).

A enorme referência em nosso sistema jurídico, sem nenhuma desconfiança, fora a Carta Magna de 1988 (CF, art. 226) que, no ponto de vista da dignidade humana, legitimaria ao invés de uma clausula discriminatória (restritiva) uma cláusula inclusiva (aberta) para autorizar, não somente o casamento, mas também outros tipos de arranjos familiares.

Por conta da inclusão do Sistema Jurídico Brasileiro, no que concerne a dignidade do cidadão enquanto participante da espécie humana abriria espaço a cláusulas tanto restritivas quanto inclusivas para permitir tanto o casamento quanto os diversos tipos de arquétipos familiares.

No art. 226 da Constituição, estão descritos diversos tipos de modelos familiares que são meramente exemplificativos, que, contudo, merecem uma devida atenção. Os diversos familiares que não estão descritos neste artigo são meros tipos implícitos que apesar disto não perdem sua validade já que eles ainda estão abarcados pelo conceito de família indicado acima. Como todo conceito abrangente

e abarcante, ele depende dos inúmeros desdobramentos em que ele pode tomar na realidade, em toda sua abrangência de adaptabilidade (LÔBO, 2011, p. 83).

Nenhuma constituição ou lei tem a possibilidade de abarcar em si mesma a variabilidade do conceito da família, já que a possibilidade de vínculos afetivos é teoricamente ilimitada diante da imaginação do ser humano. Alguns sistemas teóricos colocam a família como um ente jurídico (*Carbonnier*), como também o contrário. O correto seria afirmar que a família é um ente raso, sem personalidade alguma, mas que, contudo, ainda é elemento fundante da sociedade civil, mediado pela afetividade que cada uma apresenta, tomando conhecimento de que o Estado não pode nem deve interferir sem algum motivo que valide a interferência (GAGLIANO, 2012, p. 51).

Nesta miríade de definições, percebe-se que surge a necessidade de um princípio em que a intervenção do estado na família seja algo mínimo, para que o estado não venha a interferir na família de forma indevida, principalmente no *modus operandi* “maneira que determinada pessoa utiliza para trabalhar ou agir da escolha individual de cada família perante o regime de bens que eles preferem adotar.

Neste ínterim, já ficou clara a incapacidade que a constituição tem de delinear o conceito de família, tendo em vista que família é um conceito bem mais cultural do que biológico, suas relações se alteram no caminhar da história, e cada Estado de cada época é responsável pela família de seu respectivo período.

Também é importante ressaltar algo essencial que é inerente ao conceito de família:

Nessas definições, existe uma aura elevada e nobre, que tem a capacidade de transmitir a candura e pureza dos sentimentos que devem habitar entre os que se funda uma família por meio do matrimônio; alguma coisa vibrante, algo que remonta a nobreza e beleza dos sonetos mais belos. Mas por serem intuições demasiadas poéticas, ainda lhes falta um critério científico e filosófico que as dêem bases (BELIVAQUA, 1983, p. 52).

Depois de todo o conteúdo apresentado, apenas pode-se dizer que a família deve ser avaliada tanto nos sentidos passados quanto nos sentidos presentes no que concerne à constituição jurídica do Brasil.

1.2 CONJUNTURAS DA FAMÍLIA PATRIARCAL

Tanto o estado quanto a Religião mostraram ser elementos bases para os modelos de família Brasileiro em épocas passadas, e inclusive, o casamento ainda mantém esse traço até o período atual. Porém, é notório que estes dois elementos andam perdendo seu coeficiente de imposição diante da diversidade cultural que a coletividade Brasileira apresenta.

Por volta do início do século XIX, a família representava-se entre união de grupos, sempre dominando a família matrimonial, casamenteira e patriarcal, onde o homem detinha o predomínio sob os demais participantes que juntos formam uma família, portanto, existia predominância no grupo familiar pelo pai, consiste que os integrantes demais eram tidos meramente como objeto de posse (filhos, mulher, escravos...). Além disso, era proibido matrimônio entre indivíduos do mesmo sexo, sendo o matrimônio como propósito de praticar sexo e à reprodução conhecido como família heteroparental.

Derivando destas definições, até 1949 um homem que fosse casado e tivesse um filho que fosse fruto de outro relacionamento, cairia na impossibilidade de reconhecê-lo como tal. Então, a partir de 1949, o reconhecimento de filhos que foram concebidos em outro momento que não fosse ao seu matrimônio, poderia ser aceitável desde que a esposa também aceitasse. Nota-se neste quadro a ausência de preocupação que o Estado apresentava perante as pessoas que tinham filhos fora do âmbito da relação conjugal.

Filhos que não viessem da relação matrimonial, mas de relações extraconjugais, eram tachados de ilegítimos ou bastardos, e não tinham filiação garantida pela lei, podendo ser classificados como naturais ou não genuínos. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher que eram casados ou que não havia limitações matrimoniais. Os filhos não genuínos eram os nascidos de pais incestuosos, afinidade ou casamento anterior e se dividiam entre filhos de um adultério ou de um incesto. Somente os filhos naturais eram reconhecidos por lei, embora apenas os legitimados pelo matrimônio, após o nascimento, fossem igualados aos legítimos em todos os aspectos, conforme previsto no art. 352 (GONÇALVES, 2012, p.25).

No término do século XIX, tanto o estado quanto à religião perderam poder no âmbito familiar, o que confluuiu para a formação de outras teorizações sobre a constituição familiar. De tal modo, a definição de família patriarcal obtida pelos

brasileiros foi se obscurecendo e se acobertando com diversos mantos culturais e sociais, transcendendo o antigo sistema com novos modelos que foram adentrando na Constituição Federal de 1988.

De acordo com (GAGLIANO, 2012, p.40), vem se fazendo mais visível à desvalorização do Estado e da Igreja como fator mediador da família, e conseqüentemente, uma rejeição progressiva dos valores e deveres matrimoniais pré-definidos por entes externos a própria família.

1.3 FAMÍLIAS BRASILEIRAS E CONTEMPORANEIDADE

De acordo com o parágrafo anterior, a família recebia uma característica salubre, que obtinha influências de cânones políticos e religiosos que tinham origens anteriores. Porém, estes preceitos antigos ficaram para trás e não mais constituem um elemento importante na contemporaneidade familiar, sendo vista apenas como uma curiosidade histórica que foi deixada para trás.

As alterações sofridas pela família, vistas como frutos da ordem econômica como também do caos sociocultural, identificaram o objeto último da família com a busca da felicidade fundada na afetividade, solidariedade, dignidade, e entre outros princípios determinados na Carta Magna de 1988. De tal modo, as doutrinas contemporâneas começaram a usar esta concepção, que iremos observar agora nas palavras de alguns doutrinadores:

A família contemporânea visa sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como uma das bases da afetividade, após o individualismo histriônico dos últimos séculos, ainda que não retorne ao papel predominante que exerceu no mundo antigo. Parafraseando um conhecido autor do século XIX, “pode-se informar o contraste de um modo mais claro afirmando que a o ponto de convergência das sociedades antigas era a família como a da sociedade moderna é o indivíduo” (LÔBO, 2011, p.18).

Como também em (GAGLIANO, 2012, p.60):

A realização individual do amor, no que concerne ao ambiente de convivência e solidariedade, é o princípio da família contemporânea. Suas antigas funções atrofiaram, desapareceram ou desempenham no momento papel secundários. Até mesmo a função de gerar vida, com a progressiva secularização do direito de família e a importância dada ao amor e afeto, deixou de ser sua finalidade considerada anteriormente salutar.

[...] dignidade transmite um valor básico de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e esperanças, patrimoniais e amorosas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que lastrear a sobrevivência, esse princípio garante o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções exteriores - estatais ou particulares - na realização dessa finalidade.

Uma das maiores transmissões impressas em épocas anteriores mostram uma expectativa perfeitamente exemplar que deve ser tomada de feito único no quadro de Direito de Família, tomando em conta a igualdade essencial, escrita pelo eterno Rui Barbosa na Oração aos Moços, o qual buscou parafrasear o filósofo Aristóteles:

A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 2003, p. 34).

Não apenas a doutrina como também a jurisprudência adota esse entendimento no âmbito da estrutura familiar, como podemos notar do julgado do STJ, Resp. 555.771/SP. Este julgado diz que havendo simplesmente a separação de fato, não dependente de prazo, faz concluir o direito a herança e o regime de bens, pois família é afeto, ética, dignidade e solidariedade, se não existe mais isto, encerra-se o direito à herança e o regime de bens.

Não só a doutrina como também a jurisprudência adere a esse raciocínio no que concerne ao arquétipo familiar, como podemos perceber no notar do julgado STJ, Resp. 555.771/SP. Este julgado afirma que existindo a separação de fato, independente do prazo, faz encerrar o direito a herança e ao regime de bens, já que a família é afeto, dignidade, solidariedade e ética, se não houver mais isto, se destrói o direito à herança e ao regime de bens.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO.

IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que se encontrava separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens. 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum respeitada o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido (STJ BRASIL, 2003).

A partir daí, ocorre uma transformação extremamente marcante na área familiar: a procriação não é mais uma finalidade essencial, como definido pelo Venerável Pio XI em sua encíclica *CastiConnubii*. Deste modo, põem-se no quadro de possibilidades outros tipos de famílias, sendo um deles a união homo afetiva que já é tomada como família dentro do quadro da sociedade brasileira, porém, algumas correntes contrárias, adotadas inclusive por alguns doutrinadores religiosos, digladiam com esta forma de laço afetivo.

Neste caminho, a família atual não diz mais respeito a um fenômeno puramente biológico, mas sim a um fenômeno cultural, deste modo os seus modelos a seguir variam no caminhar da história.

Na contemporaneidade, o Estado deve operar somente como subsidiário, apenas quando o amparo dos interesses não disponíveis aos indivíduos que mantém um relacionamento conjugal for indispensável, ou seja, reconhece-se a importância da liberdade individual no casamento, entendendo-se que essa relação é sumamente privada.

Na medida em que a família deixa de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais, manifesta-se paralelamente “uma tendência indomável do indivíduo moderno de privatizar e individualizar suas relações amorosas, afetivas, de rejeitar que seu leque de relações esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito”. Os pedidos da sociedade são de mais autonomia, liberdade e menos intervenção do estado na vida privada, pois a legislação sobre família foi, historicamente, uma das

que mais gerou desigualdades e menos liberdade (LÔBO, 2011, p.20).

A partir disto, estabeleceu-se uma inovação na visão de modelo familiar, a família como instrumento, como um meio e não como um fim; de tal modo, nenhuma pessoa nasce para ter família e fazer matrimônio, sendo a família um mero instrumento para desenvolver a realização da própria personalidade. Logo então, independentemente do tipo de família, o que se visa é a segurança dos indivíduos que integram a família, procurando uma visão constitucionalizada no Direito de Família.

2-REGIME DEBENS

No momento da união matrimonial de dois indivíduos, se estabelece em cima um condomínio onde acontece a regência do Direito da família através das regras inerentes, onde suas próprias regras não se confundem com o condomínio que se utiliza no direito das coisas. Na comunhão de vida, fatos diversos que deságuam em efeitos jurídicos repetitivos na vida individual se apresentam, tanto no campo espiritual, como no material e no psicológico.

Deste modo, na intenção de lastrear e acabar com os vícios que derivam das mais diferentes relações, existem leis que delineiam as relações vindas da relação jurídico-patrimonial, denominada regime de bens:

Estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos, e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento (FARIAS 2014, p.305).

Podemos afirmar que estas são regras de certo modo caóticas, mas, que dominam todo o patrimônio das partes que compõe o todo da união com o fim familiar. Deste modo, o jurista Aldemiro Rezende Dantas Júnior nos diz que o regime de bens também vale para união estável:

No entanto, é importante observar que o regime de bens não se aplica apenas ao casamento, mas também nas uniões estáveis, inclusive nas que ocorrem entre pessoas do mesmo sexo Aldemiro (REZENDE, 2013).

O princípio da liberdade nos alude que, estão abertos à opção os regimes a serem definidos pelos companheiros ou cônjuges, de tal modo, eles têm a possibilidade de se utilizarem das formas que acharem mais adequadas. Neste íterim, o Estado atua como ajudante e suplente no âmbito familiar, interferindo apenas quando for indispensável para o lastreio e amparo por regras específicas, ou direitos indisponíveis, sempre com a intenção de dar segurança à pessoa humana.

Seguindo este raciocínio, percebemos que no âmbito do direito de família, o regime de bens, em regra geral é baseada na ordem privada familiar, de tal modo, estas leis podem ser contraditas:

O Estado deixou a sua alegoria de protetor-repressor, para tomar

postura de Estado protetor – provedor-assistencialista, cujas intenções não são de uma total ingerência, mas, nalguns momentos, até mesmo de substituição a eventuais espaços deixados pela própria família como, por exemplo, no que diz respeito à saúde e educação dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve somente e somente terá qualidade de tutelar a família e lhes dar garantias, inclusive de íntegra manifestação de expressão e vontade e de que seus integrantes vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (PEREIRA, 2006, p. 157).

É salutar ter em mente que o matrimônio também tem uma dimensão jurídica, seguindo esta linha, o regime de bens é de suma importância, principalmente em ocasião de separação, no momento da dissolução de uma união estável ou divórcio matrimonial.

2.1 PRINCÍPIOS REGULADORES REGIMENTAIS

Neste íterim, são três os princípios que guiam e formam o regime de bens no âmbito do direito da família, de acordo o regramento jurídico do direito de família, são eles: a Liberdade de escolha Regimental, a Variedade Regimental dos Bens e a Mutabilidade Regimental dos Bens.

2.2 LIBERDADES DE ESCOLHA REGIMENTAL

Tomando em conta que o regime aderido carrega em si uma carga social e econômica no que diz respeito ao quadro privado dos indivíduos que estão integrados, e sendo esses motivos de escolha relacionados a interesses patrimoniais privados, o Estado não tem o direito de intervir na autonomia da escolha estabelecida.

Contudo, deve também acatar a liberdade de escolha dos nubentes no que diz respeito ao regime de bens que foi raciocinado como o mais benéfico para a relação, tendo em vista a responsabilidade e disponibilidade dos bens em relação com a liberdade na propriedade, como descreve o art. 1.639 do Código Civil: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o

que lhes aprovar”.

Nesta direção, posiciona o saudoso Carlos Roberto Gonçalves:

Ao fazer uso dessa liberdade de escolha do regime de bens, os nubentes, no entanto, não podem determinar cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento. Dispõe o art. 1.639 do Código Civil, com efeito, que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprovar”. Todavia, aduz o art. 1.655 que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. “A convenção deve ser celebrada em pacto antenupcial, que também será nulo “se não for feito por escritura pública”, como descreve o art. 1.653 (GONÇALVES, 2012, p. 422).

Porém, para o regime adotado ser válido, faz-se necessário a formulação de um pacto antenupcial precedente ao casamento, nobilitado por escrita pública que será adicionada ao processo de habilitação.

É essencial frisar que, a partir do momento em que os nubentes não formulam o pacto antenupcial, o regime que ficará adotado será o de comunhão de bens parcial segundo o art. 1.640 do Código Civil – regime supletivo.

Caso não haja pacto antenupcial, subentende-se que os nubentes optaram pelo regime legal supletivo da comunhão parcial. Na realidade da vida, ante a inexperiência da grande maioria dos casais jovens, despreocupados com o destino do patrimônio familiar que será adquirido no futuro, predomina o regime legal subsidiário (LÔBO, 2011, p. 320).

Outra questão a ser observada é a seguinte, quando os nubentes declaram formalmente o pacto antenupcial e formam união estável não formalizando um casamento. Neste caso específico, qual o regime a ser adotado?

Este assunto é ponto de divergências no Direito de Família; uma parte da doutrina fala que por analogia, deve-se usar o art. 1.640 do Código Civil, sendo aplicado o regime de comunhão parcial de bens. Porém, este não aparenta ser o melhor posicionamento a se adotar.

Outro ponto de vista é a doutrina contemporânea que se utiliza do art. 170 do Código Civil por meio da teoria da conversão substancial do contrato – fonte do Rechtsstaat (estado de Direito alemão) -, que diz que neste caso, deve ser aplicada a vontade dos cônjuges (VOEGELIN, 2008, p. 2008, p. 31).

Deste modo, venerando o princípio da preservação do contrato e permitindo

por força maior a vontade das partes, existindo outra categoria formal idônea e apta para receber a pretensão informada no contrato antenupcial – neste caso dito aqui, o contrato de convivência, deverá o seu desejo ser demandado em outro contrato, sendo assim, o pacto antenupcial modificará num contrato de convivência, uma vez que esse contrato não é necessário ter sido formulado por escritura pública. Deste modo, o regime de bens a ser adotado será o selecionado no pacto antenupcial pelos nubentes, conforme a regra do art. 170 do CC.

Portanto, respeitando o princípio da austeridade contratual e permitindo por vontade maior das partes, havendo outra categoria formal responsável a receber o que está informado no contrato antenupcial – neste caso, o contrato de convivência, deve ser demandado em outro contrato, de tal modo, o pacto antenupcial irá modificar num contrato de convivência, já que esse contrato não precisa ser formulado por escritura governamental. Assim, o regime de bens a ser aderido será o selecionado no pacto antenupcial pelos nubentes, conforme o art. 170 do Código Civil:

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam às partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade.

Vale frisar que é unicamente empregado para o vício de forma, como é necessário que a vontade informada esteja dentro do campo de possibilidades, porque existirá conversão substancial por decisão judicial gerada pelo interessado, não permitindo ser transformada de ofício.

2.3 VARIEDADES REGIMENTAIS DOS BENS

A formulação do CC de 2002 apresentou ótimas propostas, por razão que no momento já é possível a escolha de vários outros regimes a serem aderidos fora do Código, aceitando uma variedade para o casal escolher o regime mais adequado a sua estrutura familiar, considerando o princípio da livre liberdade de escolha.

Estatui o art. 1.639 do Código Civil que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Tal dispositivo enuncia o princípio-base da liberdade de escolherem os nubentes o que lhes aprouver quanto aos seus bens, fundado na ideia de que são eles os melhores juízes da opção que lhes convém, no tocante às relações econômicas a vigorar

durante o matrimônio (GONÇALVES, 2012, p. 431).

Porém, removeu o regime dotal formalizado pelo Código de 1916.

O regime dotal estabelecia uma desigualdade no tratamento conferido ao homem e à mulher. Tinha como base o dote, que, “no sentido técnico e jurídico, era a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transferia ao marido, para que este, de suas rendas, tirasse os recursos necessários à sustentação dos encargos matrimoniais, sob condição de restituí-los depois de terminada a sociedade conjugal (BARROS, 2001, p. 22).

Nesta linha, adotou-se o circunstanciado 331 da Jornada de Direito Civil:

331 – Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Assim, os nubentes têm a liberdade para definir o regime de bens mais adequado, somente nos casos onde houver conflito com as regras e princípios de ordem pública, como diz o professor Cristiano Chaves de Farias:

Até mesmo porque o pacto antenupcial tem natureza negocial e, como tal, precisa se harmonizar com o comando do art. 421 do Código Substantivo, que, ao impor a função social do contrato, proíbe que o negócio jurídico entre as partes possa prejudicar aos terceiros e à coletividade. Aqui, por igual, o pacto antenupcial não pode atingir normas de ordem pública porque implicaria afronta aos interesses coletivos (FARIAS 2014, p. 318).

2.4 MUTABILIDADE REGIMENTAL DOS BENS

A mutabilidade do regime de bens é relacionada a vários requisitos, sendo que o objetivo desses requisitos é a garantia dos interesses dos companheiros e de terceiros. Portanto, é indispensável que o Estado tenha o controle da mudança do regime de bens, com o objetivo de que se torna impossível o desvio e abuso do direito sejam tanto para assegurar estes direitos quanto para proteger direitos ou consortes que sejam prejudicados pelas mudanças (FARIAS 2014, p. 318):

Em caso de um dos nubentes ser empresário ou empreendedor (titular de firma individual), irá haver delimitação do regime de bens

no âmbito de contratos e negócios quando o mesmo negociar com clientes, já que o cliente tem dentro do patrimônio uma espécie de garantia eventual das dívidas que adquiriram. Caso haja uma mudança no regime sem a citação no livro de Registros da Empresa, os credores que não estiverem cientes deste acontecimento serão agravados. O art. 968 ordena que, para o empresário se inscrever no Registro Público de Empresas, o documento terá que abranger as seguintes informações: “I – Nome do requerente em questão, seu país de nascença, endereço de residência, estado civil, e caso esteja em matrimônio, terá que indicar o regime de bens em vigência”. Percebe-se logo a imposição que o empresário tem em fornecer os dados sobre seu regime de bens, e caso ele sonegue alguma dessas informações, existe a possibilidade de seu reconhecimento formal enquanto profissional ser negado pelo Estado. Seguindo esta linha de raciocínio, fica claro que a alteração do regime de bens tem que ser descrita e demarcada no próprio Registro Público.

É conveniente ao assunto frisar que o Código Civil de 1916 não abria brechas à alteração do regime depois da celebração do casamento, onde era necessário manter o regime até o fim da união matrimonial. Porém, eram permitidas alterações no pacto antenupcial. Deste modo não havia a imutabilidade dos regimes de bens no Código Civil de 1916 sendo assim mutável. A exceção excepcional a essa regra era inserida somente ao estrangeiro casado, por motivo que este poderia escolher pelo regime de comunhão parcial no momento em que se naturalizava brasileiro (GONÇALVES, 2012, p. 425).

Logo, percebe-se a enorme evolução sofrida pelo Código Civil, já que este adquiriu por motivo que permite a alteração pelo art. 1.639, § 2º, do Código Civil de 2002:

É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (GONÇALVES, 2012, p.425)

Deste modo, harmonizando com o dispositivo mencionado, o casal pode migrar para qualquer outro tipo de regime. Porém, a mudança depende da confirmação de quatro requisitos: concordância do casal, autorização judicial, motivação pertinente e comprovada, preservação dos direitos de terceiros (CC, art. 1.639, § 2º).

Deste modo, o código civil de 2002 começou a reconhecer um modo mais global e humano, como apresenta o ilustre professor Pablo Stolze em seu livro:

No momento de sua vigência, o Direito brasileiro atua lado a lado de outros esquemas que têm o mesmo norte como nos disse VARELA: “A orientação usada em certos países europeus (especificamente, na Espanha e na Alemanha) e nos estados americanos são diferentes, seguindo a ideia de que a liberdade regencial dos nubentes e somente ela dá a possibilidade de consertar erros que os mesmos tenham cometido no momento da escolha do seu regime de bens, diversas vezes caóticas, póstumas as celebrações matrimoniais (GAGLIANO, 2012, p.432).

2.5 TIPOS DE REGIME DE BENS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Atualmente, o Código Civil de 2002 apresenta quatro regimes de bens, onde neles já estão contidas as suas regras básicas, que são: participação final nos aquestos; comunhão universal; comunhão parcial; e, por final, o de separação absoluta de bens.

Os regimes são divididos em simples e híbrido. No regime simples, o patrimônio dos cônjuges se une formando apenas um – regime de comunhão universal, ou o patrimônio continua sendo individual de cada qual, sendo este um regime de separação absoluta. No regime híbrido, podemos citar a participação final dos aquestos e comunhão parcial, logo, os bens da família serão repartidos em comum ou particular. Porém, esse último regime faz merecer uma atenção por dois motivos. Inicialmente, significa que sucessivamente terá uma parcela de incomunicabilidade de qualquer regime de bens, como também não há uma divisão patrimonial no casamento – salvo no caso de dívida contraída anteriormente, cada cônjuge constitui um único patrimônio, podendo ter bens de titularidade exclusiva e outros que poderão ser divididos (COELHO, 2012, p.70).

Acabei de observar as identidades e diferenças de cada um dos regimes presentes no Código Civil Atual.

2.5.1 Regime de Comunhão Parcial de Bens

O regime de comunhão parcial de bens é entendido como o regime suplente, caso os nubentes não optem por qual regime utilizarão, necessariamente este será o regime eleito, por motivos que entendemos que no momento presente esta é a modalidade mais significativa para os cidadãos brasileiros. Ou seja, por motivo que a sociedade brasileira carrega como algo negativo a discussão sobre os pactos antenupciais para assim não deixar dúvida “perante o verdadeiro amor entre os nubentes”

Seguindo este raciocínio:

Devido à situação amorosa e encantadora que os noivos apresentam durante o seu noivado, torna-se desagradável a conversa acerca da divisão patrimonial após o matrimônio. Tal conversa mostra-se demasiadamente desagradável diante da esperança de duração matrimonial eterna que está junta do projeto existencial dos noivos. Ou, em alguns casos, eles não estabelecem uma divisão de patrimônio pelo fato de não terem adquirido ainda patrimônio algum (COELHO, 2012, p. 356).

Assim, o regime de comunhão parcial é adotado como medida para os casados que não estabeleceram previamente um contrato de convivência ou pacto antenupcial. Caracterizando por distinguir os bens relacionados ao passado e ao futuro, fazendo com que se gerem três conglomerados de bens: dois individuais e um comum (GONÇALVES, 2012, p. 448).

Os bens familiares considerados importantes para o regime de comunhão parcial no matrimônio são aqueles que forem sendo adquiridos enquanto o casamento estiver em vigor, no qual se discerne bens a título oneroso, exemplo: bens adquiridos por doação; bens adquiridos por fato eventual – acessão; os frutos dos bens particulares – alugueis; herança em favor dos cônjuges; bens móveis quando não puderem comprovar a compra anterior à data do casamento, conforme preceitua o artigo 1.660 do Código Civil.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

- os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Além disso, ainda há os bens que são retirados da comunhão parcial do regime de bens, que são conjecturas inseridas no art. 1.659 do Código Civil, que são: “a) os recebidos por liberalidade do alienante (doação e sucessão); b) os adquiridos ou sub-rogados no lugar destes; e c) os adquiridos com valores de alienação dos bens particulares (neste sentido, sub-rogados)” (LÔBO, 2011, p. 114):

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- as obrigações anteriores ao casamento;
- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Assim, para que não haja comunicação no regime parcial, é salutar que o bem consista em proveito de obtenção anterior ao matrimônio (art. 1.661 do Código Civil), não entrando em conta se o bem foi remanejado após celebração matrimonial, como por exemplo, se foi efetuada a compra de uma joia antes do casamento, e ela ser entregue somente após o objeto pertencer ao patrimônio particular do companheiro que a adquiriu (COELHO, 2012, p. 80).

2.5.2 Regime de Comunhão Universal de Bens

O regime de comunhão universal de bens que constava anteriormente no Código de 1916 era o regime supletivo/legal, quando os nubentes não informavam o pacto antenupcial ou quando nulo, o adotado era este. Porém, com a criação da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), ficou estabelecido como regime suplente o de comunhão parcial de bens.

O casamento não se torna inválido perante a concomitante invalidez do pacto antenupcial, que no caso especificado, é amparado sob

regime legal, da comunhão parcial de bens. Como citado atrás, cláusulas que atentem a norma legal cogente ou imperativa devem ser consideradas inválidas, em detrimento de direitos matrimoniais ou paternos, como p. ex, a venda de imóvel sob um regime de comunhão parcial ou universal de bens, sem a devida delegação conjugal que o legitima (TAVARES, 2012, p. 48).

O seu reconhecimento era dado por razão que se fazia necessário que o matrimônio viesse a sobreviver antes da entrada da Lei do Divórcio, situação onde era mais importante manter os bens familiares e não a felicidade dos consortes, talvez por razão que quando constituída teve um papel muito importante sobre as famílias (LÔBO, 2011, p. 352).

Neste caso, preservou-se uma igualdade maior para a mulher, já que com “o fenecimento do estado de sociedade conjugal, o papel de administração doméstica exclusivo para a mulher foi repensando”, como por muitas vezes ela também era pensada como ser incapaz de fazer certas funções (LÔBO, 2011, p. 352).

No regime em voga todos os bens se acumulam, não importando o fato deles terem sido adquiridos antes ou durante o matrimônio, também não importando o predicado dos bens, se são móveis ou imóveis, já que após o matrimônio todos os bens pertencem ao casal e cabe a eles o zelo pelos mesmos (FONSECA, 2008).

(DINIZ, 2003, p. 55) desta teoriza sobre o regime de comunhão universal:

É o regime que a totalidade patrimonial se relaciona, seja ela atual ou futura dos cônjuges, mesmo que esteja no nome de apenas um dos cônjuges, como também as dívidas matrimoniais, excluindo os citados pela lei ou por desejo dos cônjuges, decorre em acordo antenupcial (CC art. 1.667). Por dizer respeito a um regime convencional, esta será determinada em pacto antenupcial. Neste regime, o que predomina são as propriedades mútuas (de posse coletiva do casal), contudo, podendo existir bens individualizados do marido e bens individualizados da mulher.

No que concerne aos bens matrimoniais que são totalmente convergidos, existe uma exceção contida no art. 1.688 do CC:

Art. 1.668. São removidos da comunhão:

- os bens doados ou adquiridos com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a

cláusula de incomunicabilidade;
- Os bens referidos nos incisos V a VII do art.1.659.

Esta norma estabelece uma quantidade de patrimônios familiares que são incomunicáveis, com o intuito de preservá-los, por que eles “estão cheios pelo espírito de desprendimento que são requeridos antes do matrimônio e por isso não têm isenção íntegra para tratar dos assuntos patrimoniais com racionalidade” (COELHO, 2012, p. 78).

No que diz respeito aos honorários que o advogado, médico ou uma das outras diversas áreas profissionais autônomas ainda tem a receber, ainda que o trabalho profissional integralmente durante a duração do matrimônio, se a obtenção da remuneração acontece após o término matrimonial, o outro cônjuge não tem direito algum sobre a remuneração recebida. Semelhantemente, os honorários recebidos póstumos ao casamento irão para a comunhão, mesmo que concernem a algum trabalho despendido, em sua maior parte, antes da união matrimonial (TAVARES, 2012, p. 184).

É necessário frisar que no Código de 1916, a norma legal que excluía da comunhão de bens as coações anteriores que decorriam de atos ilícitos foi excluía. A informação do legislador foi um método puramente utilitário, pois não se digladiava a legitimidade no quadro civil, e também não se usa a norma de direito penal. De tal modo, pode ocorrer de o credor acionar o cônjuge culpado, e caso ele não tiver bens particulares, ele ficará desprotegido (TAVARES, 2012, p. 184).

O teórico Carlos Gonçalves afirma que a novidade não se explica, por razões de que a cobrança do débito não se limita ao término do matrimônio, e o bem familiar do cônjuge inocente não deve ficar independente a um esquema análogo anterior que não existiu. Para perfazer o diálogo das obrigações decorrentes de atos ilícitos, devemos usar a esta situação hipotética o art. 285: “Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar” (GONÇALVES, 2012, p. 641).

2.5.3 Regime de Participação Final nos Aquestos

O regime de participação no final dos aquestos entrou no Código Civil referente a 2002 sendo algo novo na ordem jurídica. Este regime substituiu o regime dotal, já que este foi extrapolado pela dissolução da família patriarcal.

O docente Eduardo de Oliveira Leite afirma que o regime é oriundo da Escandinávia, mais especificamente da Suécia, depois percorrendo a Alemanha e em seguida a França (LEITE, 2005, p. 347). O autor nos traz a informação de que o regime é algo que veio de países economicamente ricos, não tendo nenhum nexos com as comunidades latino-americanas, por tais motivos, este regime é adotado por uma parcela infinitesimal das famílias brasileiras, e o regime acabou caindo em desuso. Também é descrito pelo autor que mesmo em países tido como economicamente abastados, o regime perdeu aderentes (LEITE, 2005, p. 248).

Se o regime é levado ao insucesso, presume-se em um regime de aplicação problemática, pois pode desaguar em fraudes patrimoniais, necessitando de uma atenção especial dos cônjuges para observar se houve ou não problema na divisão, contestando integralmente a excitação do matrimônio, já que os cônjuges estão a caminho de um divórcio futuro, indo contra os princípios nortes do matrimônio, que apenas por isso já desestimula o uso deste regime (GAGLIANO, 2012, p. 399).

(LÔBO, 2011, p. 359) completa:

De origem controversa, este regime exerceu um poder esmagador diverso países da Europa, no decorrer do século XX, por facilitar a isonomia e independência entre os nubentes. Na Alemanha, na década de 1950, através da Lei da Igualdade de Direitos, este regime teve o seu início com o nome “comunhão dos aquestos”; a Lei de Parceria Registrada, do ano de 2005, incluiu a união homo afetiva dentro do regime. Esta inclusão é massivamente criticada, já que não há um conluio patrimonial, que só recebe importância após seu término. Na França, este regime teve seu início na década de 1960, mas a opinião coletiva manteve-se extremamente a favor do regime de comunhão. O regime tem sido alvo de ataques por forçar uma independência falsa entre os cônjuges, em função das normas de participação, resultando numa dissolução complexa. Existe um número quase ilimitado de críticas à teórica injustiça que existe neste regime, já que, caso os nubentes tenham uma vida de trabalho profissional, este regime nivela por baixo as diferenças esforço profissional de cada um dos cônjuges e trás benefícios ao cônjuge que gastar sua renda em propriedades individuais, punindo o cônjuge que economiza sua renda.

In nuce “literalmente”, no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge tem seu próprio patrimônio, patrimônio que ele pode se utilizar da forma que bem entender, dentre eles está o patrimônio familiar derivado da Constancia do casamento, e em caso de divórcio (ou morte), cada cônjuge receberá metade do patrimônio caso estejam vivos. A essência deste regime é auxiliar os cônjuges na ampla administração de seus patrimônios, lastreando a participação de ambas as

partes nos bens residuais, quando houver o término da relação matrimonial (FARIAS, 2014, p. 366), complementando este parágrafo:

O regime determina entre os nubentes uma aliança histórica concentrando o patrimônio num auxílio mútuo, para que ambos tenham lucros econômicos, em resumo: ao tomar parte nos aquestos, os esposos estão anexados aos ganhos e alheios aos prejuízos. Se houver um lucro de um dos cônjuges em caso de separação, o segundo poderá obter uma parte a ser definida sobre o patrimônio já adquirido enquanto o cônjuge estava em matrimônio. Se na dissolução matrimonial, apresenta-se déficit na conta dos cônjuges, o mesmo será amparado pelo nubente titular do patrimônio, não vinculado o consorte (DINIZ, 2003, p. 158).

Desta maneira, enquanto o matrimônio não cessa, há um estabelecimento de regime de separação absoluta que não se confunde com o regime de comunhão parcial, já que os bens contraídos particularmente não se estabelecem com bens do outro cônjuge, como ocorre no regime de comunhão parcial (LÔBO, 2011, p. 361).

Vale frisar que o “gerenciamento do patrimônio individual diz respeito somente ao cônjuge que o porta; e os gastos e dívidas contraídos por ele diz respeito somente aos seus bens, mesmo quando posteriores ao casamento”, conforme diz o art. 1.677 (COELHO, 2012, p. 83).

Em relação às dívidas posteriores ao casamento, somente o cônjuge que contraiu responderá, salvo prova em contrário do objeto da dívida ter revertido em benefício do outro consorte (art. 1.677 do CC). “Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado na data da dissolução a meação do outro cônjuge (art. 1.678 do CC)”. Obrigando ser comprovado por quem efetuou o pagamento.

No que diz respeito as dívidas póstumas ao matrimônio, apenas o cônjuge que as contraiu responderá por elas, exceto em casos que a dívida reverteu em benefício do outro consorte, conforme nos diz o artigo 1.677 do Código Civil. “Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado na data de dissolução a meação do outro cônjuge” diz o art. 1.678 do Código Civil (TARTUCE, 2011, p. 108) .

Outro ponto interessante neste regime é a delegação conjugal, por razão que “para alienar, gravar de ônus real ou doar bens imóveis, entretanto, torna-se necessário a delegação do outro cônjuge, caso o pacto antenupcial, fundador do regime, não coopere para a ampla disposição dos bens” (GONÇALVES, 2012, p.

184) – sendo este caso exclusivamente coordenado aos imóveis do art. 1.656 do Código Civil. O art. 1.647 traz à tona a possibilidade da exigência para indivíduos dispostos no regime de separação de bens, desta forma não há como obter uma explanação extensiva, tendo em foco que o regime conserva um anexo com o regime de separação de bens permissivo, e este não pode ser “entendido extensivamente, ele aplica-se somente à alienação de imóveis, de modo que, para a prática de qualquer ato previsto no art. 1.647, a delegação afigura-se algo indispensável” (GAGLIANO, 2012, p. 398).

2.5.4 Regime de Separação Convencional de Bens

O regime da separação integral de bens aponta para uma autêntica dissolução dos bens conjugais, onde não é permitida a interligação de quaisquer bens dos cônjuges, seja o patrimônio adquirido pré ou pós-matrimonial.

Desta maneira, este regime não é difícil de compreender, já que é o mais simples do ordenamento jurídico, preservando uma conexão significativa com a liberdade, logo então, se caracterizando como um regime contrário ao regime da comunhão universal de bens. Os cônjuges após demonstrar os seus interesses no pacto antenupcial usam sem depreciação a direção dos seus patrimônios familiares.

Este regime está caracterizado dentro do art. 1.687: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

No regime em questão, os nubentes podem usar de forma ampla os seus patrimônios familiares, sem a dispensável outorga uxória, desta forma, neste regime, existe uma linha clara que demarca a independência dos bens, não existindo lacunas para meação posterior. Porém, no momento em que recebem um bem familiar em esforço coletivo, este patrimônio dirá respeito aos dois cônjuges:

Em casos particulares, a possibilidade de um dos nubentes, caso comprove colaboração monetária na obtenção de algum bem, tem direito à indenização análoga, ou à divisão análoga, não amparada no regime em si, mas com fulcro no princípio proibitivo do enriquecimento sem causa (GAGLIANO, 2012, p. 383).

No âmbito do direito das sucessões, esse regime tem importância salutar, por definir que o cônjuge sobrevivente tem direito ao quinhão correspondente, motivo onde ele disputará junto com os demais herdeiros. É o que descreve o art. 1.829, inciso I do CC de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima segue-se nesta ordem:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Mesmo que haja uma ausência de dependência patrimonial, ambos os

cônjuges são obrigados a confluir para os gastos matrimoniais, na medida de suas respectivas rendas, o que é previsto para todos os regimes de bens em razão da igualdade que a constituição promove, com isto, a única forma de comunhão no regime convencional é para a vida de toda a família, conforme descreve o art. 1.688 do CC de 2002. A propósito, os cônjuges devem estabelecer no pacto antenupcial a determinação da administração que cada cônjuge ficará responsável (GONÇALVES, 2012, p. 467).

2.6 REGIMES DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

De acordo com o art. 1.641 do CC, existem certos casos em que o legislador atribuiu à divergência obrigatória de bens matrimoniais, reputando relevantes em motivos da alegada proteção de algumas especificidades em que as pessoas podem cair, por ocasiões de ordem governamental (FARIAS, 2014, p. 309), impedindo a escolha de bens pelos nubentes, deste modo, não concedendo uma interpretação analógica, ampliativa ou extensiva. “Com fundamento nessa diretriz hermenêutica, conclui-se firmemente o sentido da total impossibilidade de se pretender esse regime restritivo a uniões estáveis dadas a ausência inequívoca da previsão legal (GAGLIANO, 2012, p. 339).

APELO CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL.

1) RECONHECIMENTO. Existindo comprovações documentais e testemunhas orais concernentes a união estável nos moldes do art. 1.723 do CC/02, conserva-se o seu reconhecimento. 2) MEAÇÃO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.641, II, CC/02. Não se aplica à união estável o art. 1.641, II, CC/02, por atento ao princípio constitucional da dignidade humana, e pela impossibilidade de efetuação. O regime de bens previsto na união estável é o da comunhão parcial, estando reconhecido o direito à meação à autora. Apelo civil do réu desprovida. (Apelação Cível Nº 70019235043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça de GO, Relator: José Ataídes Trindade, Julgado em 08/02/2009).

De tal modo, esta norma não pode ser direcionada a união estável, já que um princípio não permite analogias, nas diretrizes do art. 8 da lei de introdução do Código Civil:

Regra 8. No caso da lei ser ambígua, a interpretação dela se dará de forma altamente restritiva.

31. — A formulação tradicional desta norma, na jurisprudência romana, era “nas coisas ambíguas sempre vamos atrás do mínimo”. Por diversos motivos, ocasionalmente a escrita do texto normativo contém erros, ou ambiguidades que afetam o seu reto entendimento, ou é escrita em palavras duvidosas e demasiadas subjetivas, que complicam uma interpretação factual, concreta e objetiva. Entretanto uma lei mesmo que erroneamente escrita não deixa de ser lei. É de responsabilidade de o aplicador procurar por uma apuração que torne a norma praticável no plano factual. Mas ULPIANO nos alerta que, nas situações onde o texto redigido for ambíguo e defeituoso, impossibilitado de ser interpretado racionalmente, o mínimo será seguido. Concluímos que, a regra mal formulada no seu arquétipo tipológico deve ser entendida em âmbitos restritivos, para abarcar casos que auto evidentemente estão nela, e gerar somente consequências que no texto se apresentam de forma literal. Garante-se, assim, que uma norma imperfeita na redação produza o menor malefício possível (SANTOS 2014).

Contudo, existe um desacordo jurisprudencial em desconformidade com as normas no direito atual:

DIREITO FAMILIAR. UNIÃO ESTÁVEL. INDIVÍDUO SEXAGENÁRIO. DIVISÃO DE BENS OBRIGATÓRIA. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Por via do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento sexagenário caso homem, ou cinquentenária caso mulher, é adotada a separação obrigatória de bens. Por tal razão, às uniões estáveis são coordenadas na mesma normal, desde que seja observada a idade sexagenária e cinquentenária respectivamente do homem e da mulher.

2. Somente o patrimônio ganho em quanto a união estável está em vigência, e caso o esforço de ambos os cônjuges seja provado, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF.

3. Recurso especial provido.

(Recurso Especial nº 649259, Quarta Turma, STJ, Relator Min. Luis Felipe, julgado em 11/03/2013).

Em conluio, os casados que se encaixam nos moldes do art. 1.641 do CC, não retêm a potencialidade de compartilhar seus bens. De tal modo, o cônjuge “não tem a possibilidade de instituir sociedade entre si ou com terceiros, nem precisam da vênua conjugal para vender bens aos seus descendentes (FARIAS 2014, p. 309).

O indicador que alude ao inciso I do art. 1.641 ditas a inobservância das causas de restrição da celebração matrimonial do art. 1.523 do CC, o que transforma o matrimônio em atípico, mas não tornando o casamento inválido,

atribuindo como punição a separação legal de patrimônio para os cônjuges. Assim “não há barreira nem obstáculo de outra natureza à celebração matrimonial, porém, os bens dos cônjuges que foram adquiridos antes e depois do casamento não podem se interligar enquanto durar a punição” (COELHO, 2012, p.46).

Depois de concluída a causa suspensiva, “o regime do matrimônio continua a ser o da dissolução. Ele só se transforma em comunhão caso os cônjuges solicitarem ao juiz, baseado no art. 1.639, § 2º, do Código Civil” (COELHO, 2012, p. 47), já que os cônjuges podem ter proposto o regime da separação integral de bens, não podendo alterar o regime determinado.

Porém, três causas suspensivas podem não serem consideradas pelo juiz quando pedida pelos cônjuges, cabendo a eles as provas da inexistência de prejuízo para outrem que poderiam ser afetados pelo matrimônio (LÔBO, 2011, p. 112).

Para acabar, o inciso III do artigo citado nos informa que do mesmo modo será oposto o regime da separação legal contra aqueles que, para fins matrimoniais, necessitem de apoio judicial, no caso de menores de idade (GAGLIANO, 2012, p. 340).

Desse modo, existem apenas duas situações de obrigatoriedade da adoção do regime de bens. Em um dos extremos temos o casamento celebrado em vigência de causa suspensiva; em outro extremo, o que necessitou de apoio judicial. No primeiro, a adoção da separação absoluta para evitar a confusão de bens que poderiam causar agravos a direitos de indivíduos externos (filhos, etc.) ou de algum dos nubentes (pessoa tutelada ou curatelada) é justificável. No segundo, a justificativa deriva da incapacidade de decisão dos cônjuges em função do regime a ser adotado. (COELHO, 2012, p. 87).

De maneira distinta, é aprovável a modificação do regime depois da maioria:

Apelo. Modificação d regime de bens matrimoniais. Regime da separação obrigatória de bens então instituídos em função da menoridade da virago. Aplicação do § 2º do art. 1.639 do CC. Casamento efetuado sob vigência do CC/16. Possibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Extinção afastada e mérito analisado (art. 515, § 3º, do CPC). Alteração que produz efeitos "ex nunc", com expressa ressalva a direitos de outrem anteriormente constituídos. Sentença de indeferimento da inicial afastada. Recurso provido. (TJ-SP-APL: 9158812752009826SP9158812-75.2009.8.26.0000, Relator: João Pazine Neto. Data de Julgamento: 14/03/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2010).

A jurisprudência vem abrindo portas para a possível modificação regencial para septuagenários:

Apelação cível. Modificação do regime de bens. Matrimônio efetuado na vigência do CC16, ambos os lados optaram pelo regime da comunhão parcial. Desde que se enquadre as prescrições jurídicas, existe a possibilidade § 2º do art. 1639 do CC02: pedido formado juridicamente pelos dois cônjuges; análise dos motivos apresentados; ressalva os direitos de pessoas externas. Condições analisadas no caso prático. Foi sentenciado a impossibilidade da modificação. 1. É incogitável a no que diz respeito ao regime de bens descrito pelo art. 1641, II, do CC02, de acordo com a sentença do sentenciante. No que concerne as evidências, a ideia da impossibilidade jurídica é prevenir benefícios patrimônios indevidos que decorreriam de alguma pessoa jovem ganharia ao iniciar matrimônio com um septuagenário, que tem mais chances de já ter obtido um patrimônio estável e grande, em relação ao patrimônio da pessoa jovem. No desdobramento real, no entanto, podemos ter um casal com idades próximas (os dois sexagenários)vivendo sem conflitos há mais de 30 anos,de forma que seja incogitável a possibilidade de algum dos dois pensar em obter benefícios patrimoniais indevidos em cima do outro. 2. É válido frisar que os dois formuladores do requerimento tinham idade inferior à 70 anos no período desta demanda, sendo assim, anulada a impossibilidade jurídica existente no art. 1641, II, do CC02. 3. A razão a balizar o requerimento de modificação se caracteriza como uma cláusula aberta, que deve ser respondida pelo magistrado no desdobramento real da situação, tendo em vista os princípios da propriedade privada. Colocando o princípio da proporção no desdobramento real, apuro que a modificação do regime se impõe como algo necessário e razoável para dar ao cônjuge do sexo feminino, proteção e conforto no que diz respeito ao direito à copropriedade do patrimônio adquirido pelo nubente masculino na vigência matrimonial, Relator: DES.MARCOS ALCINOTORRES, Sentença em: 11/08/2013, NONA CAMARACIVEL, Data de Publicação: 18/11/2013 16:41).

Porém, ao inverso, temos também a jurisprudência proibindo a alteração do regime após a idade em que o indivíduo é capaz de escolher seu regime de bens se findarem:

Mesmo com o desejo de ambos os nubentes em querer modificar o regime de bens em vigência para o da comunhão parcial, a idade momentânea do nubente masculino impede tal desejo, pois este tem mais de 70 anos de idade (fls. 7 e 10), o que faz com que necessariamente, o regime adotado ser o da separação total de bens. Para a alteração desejada pelos nubentes não deverão existir óbices legais à adoção do regime pretendido “(7ª Câmara Cível, Agravo nº 70053128088, Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 23 de março de 2011).

Vale frisar que a jurisprudência diminuiu a sua restrição caso tenha sido notada incoerência com sua aplicação, modificando a Súmula de nº 337 do STF a qual diz: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Nesta direção, se começou a ponderar que os patrimônios adquiridos por trabalho mútuo, quando na comunhão de separação legal, se convergem, sob pena de incidir em lucro sem justa causa.

Perante o conteúdo apresentado, fica claro que a determinação do art. 1.641 do CC funda diversas incoerências, lembrando-se também da limitação atribuída pela escolha livre do regime a ser adotado, necessitando de aprimoramentos para se enquadrar nos arquétipos atuais da sociedade brasileira.

Em afilência com o pensamento reiterado aqui, uma parte das jurisprudências vem reconhecendo o desacordo constitucional que o regime obrigatório de bens para septuagenários apresenta, tendo em vista a inábil previsão legal que não foi modificada no código civil contemporâneo.

CASAMENTO EFETUADO ATRAVÉS DE REGIME DE BENS POR PROGRAMA DE IDADE.

Atenta contra a Constituição o tratamento anti-isonômico dado aos nubentes e terceiros envolvidos, como também a adoção do regime bens através de idade. Deste modo, a cônjuge supérstite casada através do regime de bens e que permaneceu em uma união estável em tempos precedentes ao seu casamento, conferem-sedireitos hereditários descritos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, que dizem respeito ao apelo parcial dos bens. (Apelação Cível Nº 70017318940, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça da AM, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em20/12/2006).

3- O DESACORDO CONSTITUCIONAL DA IMPOSIÇÃO DO REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS

Com a ascensão do CC referente a 2002, ocorreu o surgimento de grandes debates relacionados aos regimes de bens e a instituição matrimonial. A discussão é lastreada pelo inciso II do art. 1.641, que diz: “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos”.

No momento atual, a comunidade brasileira está entranhada, aparentando qualidades patrimonialistas, não focando nos valores morais e éticos que o direito fundamental garante ao indivíduo social, mas sim protegendo os valores materiais. Há uma grande quantidade de familiares e juristas que focam a definir os “maiores de 70 anos” como incapazes de 70 anos como incapazes de cuidar do seu patrimônio que foi adquirido durante toda uma existência, patrimônio resultado de suor e luta.

Compreendem que a velhice do septuagenário faz sua percepção se perder no instante em que consegue encontrar alguém para dar início a uma relação matrimonial, sendo o Estado defensor diante o previsto descuido do septuagenário contra o cidadão que se apresenta ser aproveitador e desprezível com pensamentos de que ele quer retirar o patrimônio do septuagenário. Notamos também que a parentela do septuagenário age como se o patrimônio do mesmo já estivesse em posse deles, forçando na cabeça do septuagenário um provável furto por parte do seu futuro companheiro.

Diante desta miríade de fatos, é correto afirmar que a norma jurídica está resguardando de fato os direitos básicos do septuagenário norteados pelos princípios da Constituição Federal ao mostrar a regra do art. 1.641, parágrafo II, do CC Brasileiro que não abre brechas à definição da comunhão de bens ao septuagenário.

O debate neste nicho é baseado na notável inconstitucionalidade, neste viés, pela imposição de diversos princípios constitucionais, como o direito a igualdade, o da dignidade enquanto constituinte da espécie humana, o direito à propriedade privada, e etc, respectivamente no caput e no inciso XXII do artigo 5º da constituição federal.

Por ser considerada uma das mais importantes instituições da vida civil, o matrimônio é debatido com uma alta seriedade e intensidade, com o intuito de

esclarecer se tal regra afeta ou não a liberdade de escolha do cônjuge, caso em que se fará necessário ser excluído e abolido da legislação brasileira.

Também se faz mister uma análise breve de uma dogmática hermenêutica para dar rumo ao desacordo constitucional do art. 1.641, inciso II, do CC, que neste momento estamos a avaliar.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança notável no arranjo da constituição, que sofreu graves mudanças no que concerne aos direitos humanos, onde a dignidade do ser humano passou a ser o valor soberano da constituição, onde o Estado passou a existir em função do indivíduo, e o indivíduo deixou de existir em função do Estado.

A constituição moderna é conhecida como uma mescla das experiências constitucionais francesas e norte americano. Na França se tem o legislador como lastro dos direitos, nos EUA se tem a normatividade assegurada pelo poder judiciário (NOVELINO, 2013, p. 182).

Desta maneira, houve uma superação da força normativa que a Constituição apresenta que após o final da Segunda Guerra Mundial, houve através da influência do livro a “Força Normativa da Constituição”, livro escrito pelo autor Konrad Hesse, abrindo o leque de possibilidades para um número de regras de diversos ramos do direito nos artigos da Constituição; a condecoração dos direitos básicos; a correta interpretação das leis em função da constituição; bem como o reavivamento da jurisdição constitucional e do poder judiciário. Nesta gama de acontecimentos, se originou a teoria neoconstitucionalista, causadora do positivismo, teoria que definia as questões baseando-se em uma técnica jurídica formalista, que se tornou impossível com a chegada da Segunda Guerra Mundial.

No âmbito do Direito Brasileiro, no que concerne a teoria neoconstitucionalista ou pós-positivista, exibindo como referência obras de Robert Alexy e do autor Ronald Dworkin, desaguando em uma interpretação sistemática para a aplicação do direito, que “tem em seu objetivo principal os três paradigmas positivistas metodológicos (teoria jurídica descritiva; conceito factual de direito; cisma entre moral, direito e política), que, por sinal, as únicas que se centralizam com todos os principais, jus positivistas” (NOVELINO, 2013, p. 189).

Esta teoria visa resguardar uma segurança jurídica maior, preservando uma causalidade da justiça com o sistema, onde uma regra não deve ter validade para os casos de injustiça auto-evidente, ficando claro que ela não pode ser correta se tiver

injustiça. A teoria neoconstitucionalista caracteriza a constituição como um reservatório de justiça, na qual derivam os estatutos bases para o estabelecimento de valores fundamentais à sociedade na qual ela atua.

De acordo com a teoria, existem três grandes ramos em seu tronco: a) a inflação da normatividade dos princípios, não havendo diferenças hierárquicas entre regra e princípio, podendo se retirar uma norma para dar fim ao caso concreto univocamente de um princípio, não sendo mais utilizada para preencher espaços na ausência de regras específicas; b) o reconhecimento do poder normativo da Constituição, que afirma que os meios constitucionais têm validade normativa imediata, independente de regulamentação, pondo direitos fundamentais no topo da pirâmide, havendo o abandono do direito estritamente formalista de outrora; c) finalizando, a teoria da interpretação jurídica ganha nova arquétipo interpretativo de argumentação, o qual não mais fala em uma postura moralmente neutra no que concerne aos magistrados, sendo até certo ponto uma ideia inconcebível, já que o jurista não pode criar normas com bases arbitrárias, devendo sempre se atentar a delimitação do direito (NOVELINO, 2013, p. 190).

Devemos se lembrar que toda teoria que surge também traz consigo suas doses de abusos e incoerências como o professor (DIDIER JR, 2003, p.30) aponta:

As incompreensões se mostram como postura de confusão dessas "novidades": a) se distorcem os princípios normativos sem função das regras, como se aquelas sempre devessem reduzir-se em função dessas; b) se distorce o Poder Judiciário em função do Legislativo, em agravo à democracia e à divisão dos poderes; c) se distorcem *ponderação* em detrimento da *subsunção*, preponderando que a subsunção é forma mais eficaz na prática da norma-regra, as espécies normativas mais abundantes.

Seguindo o raciocínio neoconstitucionalista no que diz respeito sobre a constituição e sua aplicação aos casos concretos, é sempre bom buscar uma ponderação entre princípio e regra, tendo em vista que a existência de regras específicas, a princípio, exclui a possibilidade de aplicação do princípio ao caso concreto, porém, caso as duas ocupem posições hierárquicas semelhantes, isto não elimina a possibilidade do princípio nortear a produção de uma norma, seja para uma aplicação sistêmica ou interpretativa ou teleológica (NOVELINO, 2013, p. 126).

Assim, podemos investigar melhor a teoria interpretativa neoconstitucionalista e a legalidade da norma que proíbe a ampla escolha de bens para os

septuagenários.

O art. 1.641, inciso II, do CC nos oferece uma visão protecionista em relação ao ancião, deixando de manter uma visão patrimonialista:

A escritura autêntica do CC em vigência instituía a obrigatoriedade do regime da separação as pessoas que casassem em idade sexagenária. Porém, em 09/12/ 2010, a lei 12.344 entrou em vigor, ela alterou o inciso II do art. 1.641 do Código Civil para aumentar em 10 anos a idade em questão, indo de sexagenária à septuagenário. A alteração do inciso II foi justificada não por motivos de proteger o idoso em caso de casamento fraudulento, mas de prudência legislativa em função dos nubentes septuagenários e suas famílias (TAVARES, 2012, p. 185).

No final das contas, o motivo é controverso, pois demonstra uma visão anti patrimonial ao mesmo tempo em que pretende ter a intenção de resguardar os indivíduos das suas famílias, mas guardar o que? E de quem? Talvez o herdeiro, por credence popular de que um homem ou mulher jovem que queiram se casar com alguém idoso seja um salafário. Mas olhando de outro ângulo, têm-se a possibilidade de existir um herdeiro que não quer trabalhar nem conquistar patrimônio, como devemos qualificá-lo? Como um Presidente da República Federativa Brasileira, o Michel Temer, pode tomar decisões importantes que dizem respeito a toda nação, mas não pode escolher o seu próprio regime de bens?

Perante certo respeito, esta norma não visa proteger o septuagenário, mas trata-se de uma excitação a dignidade da pessoa humana, por motivo que há uma proibição a sua liberdade que a Carta Magna não prevê, portanto, inconstitucional:

Porém, em situações excepcionais que não podem ser previstas no ponto de vista da elaboração da norma, caso a aplicação a um caso concreto resulte em uma ambígua situação de injustiça, o juiz pode afastá-la através de um princípio. Esta situação na qual o princípio exerce função delimitadora, por escapar dos casos normais, pode ser chamada de hipótese de caso difícil. Estando situados em dimensões distintas, como no conflito entre um princípio constitucional e um regra legal, deve prevalecer à regra formulada pelo legislador.

De outra maneira, podemos ponderar a suposição seguinte suposição: que a norma do art. 1.641, inciso II do CC, não fosse de encontro com a autonomia da liberdade individual, que iria menosprezar o septuagenário na sociedade em que está inserido, colocando sobre ele uma desonra de sua capacidade cognitiva, por envelhecer e se transformar indivíduo incapaz de gerir seus próprios bens. Assim,

estamos apresentando princípios que não convergem, onde um defende o patrimônio do ancião e o outro põe em dúvida a sua competência para administrar os mesmos patrimônios.

Seguindo esta linha, faz-se necessário ponderar o princípio a se utilizar no aproveitamento da aplicação da regra, deste modo, as maiores partes dos teóricos afirmam que a individualidade dos septuagenários deve ser defendida:

Atenta integralmente contra a segurança integral do idoso através da Lei nº 10.741/03 do Estatuto do Idoso, limitando ilegitimamente a sua escolha. É uma agressão gratuita aos idosos feitos por pessoas que valorizam mais a pessoa do que o seu patrimônio pouco se acostumou a valorizar a pessoa, e não o seu patrimônio (FARIAS 2014, p.311).

(GAGLIONE, 2012, p. 311) nos informam sobre este assunto com excelentes argumentos:

A situação do inciso II encontrado no artigo é aviltante inconstitucional.

A ideia de limitar o direito de escolhas do indivíduo idoso por puro receio do mesmo sofrer um golpe ou fraude simplesmente não convence.

E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.

Não podemos tirar desta regra uma interpretação unívoca da constituição.

O que se percebe é uma agressão sistemática a igualdade entre a espécie humana, por causa da limitação imposta ao indivíduo idoso.

A velhice em si não prova nenhuma incapacidade individual.

Caso haja o medo de que o idoso receba algum golpe pelo fato exclusivo de ser idoso, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas que não se conclua disso uma limitação dos direitos unicamente pelo fato do sujeito ser idoso.

Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, ainda é possível ser presidente da República ou fazer parte do Senado Federal.

Não é possível achar motivos e razões onde estes não existem. Neste raciocínio, concluímos a perfeita inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens impostos aos idosos com mais de 70 anos (GAGLIANO, 2012, p. 339).

É importante frisar que uma das várias vantagens matrimoniais é a escolha individual de regimes de bens em que os cônjuges podem aderir de tal modo, no

entendimento da família constitucionalizada, é algo difícil a interferência estatal no momento de escolha do regime de bens do septuagenário, já que é um direito integralmente do indivíduo, devendo-se levar em conta que o estado deve intervir o mínimo possível neste tipo de relação.

CONCLUSÃO

Diante as informações citadas neste trabalho, percebe-se o grau de incoerência nas regras do artigo que diz respeito ao regime de bens dos septuagenários, que não está de acordo com o a Constituição Federal, que preza pela dignidade humana. Porém, há obstáculos para superar a inconstitucionalidade, já que os juristas e legisladores estão presos ao positivismo, ao invés de assimilar o Direito como um arquétipo de regras harmônicas. Derivando disso, temos uma cosmo visão patrimonialista da família no arcabouço jurídico, que está apoiado sobre todo e qualquer valor ético, fundamental e moral que ampara o indivíduo na Brasileira, desaguando numa injustiça na obrigação do regime bens para os idosos.

A teoria neoconstitucionalista aprofunda forma ininterrupta a aplicação do arcabouço jurídico, demonstrando que existem princípios norteadores constitucionais, põe também em voga leis e valores que não podem ser transcendidos por nenhuma lei, como ocorre com a lei regimental para os septuagenários. Apresentando que as regras da Constituição Federal é chave mestra em qualquer que seja o modo de aplicar leis, que de modo transforma-se incongruente a imposição do regime de separação de bens para os septuagenários, por ir totalmente de contra aos direitos fundamentais da dignidade da espécie humana, atentando contra a liberdade individual.

O trabalho conclui que mesmo que alguns aplicadores entendam o regime de separação de bens para o indivíduo septuagenário como algo dito constitucional, este não é o caminho a ser trilhado por motivos já demonstrados neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aldemiro Rezende Dantas Júnior. **Regime de bens no casamento para leigos**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/aldemirodantas/2013/07/21/regime-de-bens-no-casamento-versao-para-leigos/>>. Acesso em: 24 mar.2017.

BELIVAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Direito de Família**, Bahia: JusPodivm, 6.ed. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Família*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol.6.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. São Paulo: Revistados Tribunais,2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. 1999

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

“Modalidades do regime de bens”. JurisWay, autor desconhecido. Disponível em:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1274>. Acesso em: 12set. 2017. *Apud*. DINIZ, Maria Helena. *Direito de Família*. Volume 5. 6º Edição. Del Rey. 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

René da Fonseca e Silva Neto.**Considerações sobre o regime de bens no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19073/consideracoes-sobre-o-regime-de-bens-no-codigo-civil-brasileiro>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenêutica*. Disponível em:<<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica/>>. Acesso em: 15 Set. 2017.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES DA SILVA, R. B. (Org.). *Código Civil comentado*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva,2012. v.1.