

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES – URI ERECHIM DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
APLICADAS CURSO DE DIREITO**

MARLI DE MATTOS

**O CASAMENTO DEPOIS DOS SETENTA ANOS E A
OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS: UMA
ANÁLISE A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

ERECHIM

2015

MARLI DE MATTOS

**O CASAMENTO DEPOIS DOS SETENTA ANOS E A
OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS: UMA
ANÁLISE A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia de conclusão de curso, apresentado ao curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Professora Doutora: Giana Lisa Zanardo Sartori

ERECHIM

2015

AGRADECIMENTOS

A minha, chefe, amiga, e companheira Professora Diana Casarin Zanatta, pela oportunidade, apoio incondicional, pela paciência e confiança. Por me fazer acreditar que posso conseguir tudo que quiser, basta o esforço ter boa vontade, por fazer-me uma pessoa melhor cheia de sonhos e esperança, enfim por estar sempre do meu lado.

À minha família que sempre se orgulhou de mim, todos os professores que contribuíram para minha formação, a minha orientadora Giana Lisa Zanardo Sartori e principalmente à Deus.

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo realizar uma abordagem do instituto do casamento entre pessoas maiores de setenta anos, a partir de um cotejo entre as disposições do Código Civil e os princípios constitucionais. Para tanto, a pesquisa divide-se em três momentos. Primeiramente, é traçado um retrospecto histórico do instituto, estabelecendo-se a conceituação, natureza jurídica, espécies, entre elas, destacando-se as mais conhecidas e utilizadas, quais sejam, o casamento civil e o religioso com efeitos civis. Também são analisadas as formalidades legais previstas. Num segundo momento, aborda-se o regime de bens entre os cônjuges, explicitando as espécies de regimes adotadas pelos nubentes. Observa-se que são quatro as opções de escolha, tratando-se de cada uma delas: Comunhão Parcial; Comunhão Universal; Separação Total e o Regime de Participação final nos Aquestos. Por fim, no terceiro momento, aborda-se o casamento depois dos setenta anos e a obrigatoriedade de separação de bens em confronto com os princípios constitucionais. Trata-se de um momento de análise e reflexão acerca do artigo 1.641, inciso III, do Código Civil, que dispõe sobre a obrigatoriedade de separação dos bens, refletindo e buscando observar se tal dispositivo encontra-se em consonância com a ordem constitucional pátria ou se, ao contrário, afronta princípios e garantias estabelecidos ao ser humano. Para atingir os objetivos a que se propõe o estudo, utilizou-se como técnica a pesquisa bibliográfica e documental, através do método indutivo e procedimento analítico-descritivo.

Palavras-chave: casamento septuagenário; regime da separação total; princípios e garantias constitucionais.

LISTA DE SIGLAS

Art. - Artigo

CF – Constituição Federal

CC - Código Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

SÚMARIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CASAMENTO	10
2.1 RETROSPECTO HISTÓRICO	10
2.2 CONCEITUAÇÃO	12
2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO	14
2.4 ESPÉCIES	16
2.4.1 Casamento Civil	16
2.4.2 Casamento Religioso com Efeitos Cíveis	17
2.5 FORMALIDADES DO CASAMENTO	18
3 REGIMES DE BENS	22
3.1 ESPÉCIES DE REGIMES	23
3.2.1 Regime de Comunhão Parcial	23
3.2.2 Regime de Comunhão Universal	26
3.2.3 Regime de Participação Final nos Aquestos	28
3.2.4 Regime de Separação dos Bens	30
4 O CASAMENTO DEPOIS DOS SETENTA ANOS E A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DOS BENS: UMA ANÁLISE APARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	33
4.1 O REGIME ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL	33
4.2 SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36

4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O CASAMENTO	37
4.3.1 Dignidade da Pessoa Humana	38
4.3.2 Princípio da Isonomia	39
4.3.3 Princípio da Liberdade	42
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo realizar uma abordagem do instituto do casamento entre pessoas maiores de setenta anos, a partir de um cotejo entre as disposições do Código Civil e os princípios constitucionais. Em virtude do disposto no artigo 1.641 inciso III do Código Civil têm sua liberdade de escolha questionada, bem como os outros princípios constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988.

Em regra no casamento os nubentes tem a liberdade plena para estabelecer os efeitos patrimoniais que serão produzidos durante o casamento. No entanto, em algumas situações, a lei impõe o regime de separação de bens, como ocorre no caso dos nubentes terem mais de setenta anos. Neste caso, há um confronto entre a lei e os princípios constitucionais, pois há uma imposição que irá impedir a autonomia privada.

O ordenamento jurídico deve primar pela valorização do ser humano como sujeito de sentimentos e desejos próprios que busca sua satisfação pessoal sem que o Estado interfira em suas decisões. Pretende-se analisar com mais atenção as relações familiares principalmente em se tratando de pessoas mais sensíveis em razão da idade, uma vez que as relações afetivas devem prevalecer sobre o patrimônio.

Para alcançar os objetivos a que se propõe, a pesquisa será dividida em três seções. Na primeira seção, far-se-á uma abordagem acerca da evolução histórica do instituto do casamento. Em seguida será realizada uma conceituação para, na sequência, analisar a natureza jurídica e as espécies legalmente possíveis, com destaque para o casamento civil e o religioso com efeitos civis. A segunda seção abordará as possibilidades legais de regime de bens entre os cônjuges, ou seja, as espécies de regimes adotadas pelos nubentes. Na terceira e última parte centrar-se-á a controvérsia que se pretende enfrentar, ou seja, o tratamento jurídico conferido ao casamento depois dos setenta anos e a obrigatoriedade de separação de bens, analisando-se a legislação em confronto com os princípios constitucionais. Será analisado o artigo que dispõe sobre a obrigatoriedade de separação dos bens

juntamente com a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e os princípios constitucionais.

Para tanto, utilizar-se-á como técnica a pesquisa bibliográfica e documental, através do método indutivo e do procedimento analítico descritivo.

2 CASAMENTO

Para que a problemática a ser enfrentada seja compreendida, faz-se necessário analisar, nesse primeiro momento, o instituto do casamento. Trata-se de um contrato de direito de família que regula a vida em comum entre homem e mulher, onde se estabelece um vínculo de afinidade. É regido pelo Estado em nome do interesse social.

Esse contrato de casamento nem sempre existiu nos moldes legais hoje previstos, portanto, para que seja compreendido o instituto, há que se estabelecer um retrospecto histórico, o que passa a ser feito.

2.1 RETROSPECTO HISTÓRICO

No Brasil, até 1889, a única forma de casamento prevista era o casamento religioso. Somente com o advento da República, em 1891, é que surgiu o casamento civil. A partir daí, a família passou a ser consagrada em todas as Constituições Federais do Brasil (DIAS, 2007, p. 137).

Aliás, o conceito de família e de casamento vem evoluindo desde o advento da República, como aponta Dias:

Quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que havia um único modo de se constituir: pelo casamento. A família tinha um viés **patriarcal**, e as regras legais refletiam essa realidade. Somente era reconhecida a família unida pelos *sagrados* laços do

matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era **indissolúvel**. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper o casamento era o **desquite**, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento (DIAS, 2007, p. 137). (grifo no original)

Como visto, o casamento era indissolúvel, somente deixando de sê-lo, com o advento da denominada Lei do Divórcio, a Lei nº 6515/77. A partir de 1988, com a Constituição Federal vigente até os dias atuais, passou a se considerar outros relacionamentos como entidade familiar.

Segundo Venosa (2011), o casamento romano incentivava a prole, não era contrário à novas núpcias, impondo aos solteiros e casados sem filhos perdas patrimoniais.

Farias afirma que o casamento é tão antigo quanto ao próprio ser humano. Conforme ressalta, a origem do casamento remonta a Adão e Eva (FARIAS, 2008). Segundo o mesmo autor:

Entre nós, o casamento já esteve arraigado à disciplina religiosa, sob o império das leis canônicas. Aliás, de qualquer maneira, conquanto tenha explícita natureza civil, continua, de certa maneira, interligado, ainda que por via oblíqua, às manifestações religiosas. Desde o advento da República, oportunidade em que o Estado foi laicizado, divorciando-se em definitivo da influência religiosa, o casamento vem sendo encarado como instituto meramente jurídico, de natureza civil (FARIAS, 2008, p. 94).

No Brasil foram conhecidas três formas de casamento: o casamento católico era celebrado conforme as normas do Concílio de Trento; o misto seguia as normas do direito canônico e era realizados com pessoas católicas e não católicas; e o casamento que unia pessoas de seitas diferentes. Em 1827, foi reconhecida e adotada a jurisdição canônica sobre o casamento e sua dissolução. Nesse contexto, era a Igreja quem daria validade ao casamento (RIZZARDO, 2011).

Com advento do Código Civil de 1916, passou-se a admitir a vontades dos nubentes de contrair o casamento sob presença de testemunhas e sem intervenção da autoridade eclesiástica. A Constituição Federal de 1824 não tratou do tema casamento, somente sendo referenciado nas Constituições Federais de 1890 e 1891.

O direito canônico teve grande influência na seriedade do casamento, teve influência no atual código no direito brasileiro, permite o casamento religioso com efeitos civis (RIZZARDO, 2011).

O casamento em Roma antiga regia-se pelos costumes e pela moral, não era considerado como uma relação jurídica, mas um fato social onde geraria consequências jurídicas. Diferente do sistema brasileiro, que se fundamenta nos conceitos da dogmática e da ética do Cristianismo (MARKI, 2014).

Feito esse apanhado histórico, faz-se necessário conceituar o instituto, conforme segue.

2.2 CONCEITUAÇÃO

No que diz respeito ao casamento, inúmeras são as definições apresentadas e diversos autores conceituam essa entidade. Há quem entenda que conceituar casamento trata-se de um grande desafio já que “existem inúmeros conceitos para o matrimônio, variando de acordo com a concepção que cada um tem do instituto” (FERNANDES, 2015).

A doutrina tradicional, desde o período anterior à Constituição Federal de 1988, quando tenta estabelecer uma definição do que seja o casamento, estabelece conceituações bastante díspares e que acabam sendo repetidas ao longo dos tempos, até a atualidade. Com efeito, Laurent define-o como sendo o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada” (LAURENT *apud* MONTEIRO, 1980, p. 08). Shopenhauer entende que “casar é perder metade de seus direitos e

duplicar seus deveres” (SHOPENHAUER *apud* MONTEIRO, 1980, p, 08). Para Maugham, o casamento “é uma ridícula instituição dos filisteus” (MAUGHAM *apud* MONTEIRO, 1980, p. 08).

Monteiro conceitua o matrimônio como “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos” (MONTEIRO, 1980, p. 09).

Segundo Miranda, o casamento é um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade de vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nasce (MIRANDA, 2000).

Conforme Monteiro *apud* Gonçalves:

Afirma não existir, provavelmente, em todo o direito privado instituto mais discutido. Enquanto numerosos filósofos e literatos defendem chamando-o de “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada” ou “a grande escola fundada pelo próprio Deus para a educação do gênero humano”, outros condenam, censurando-lhe a constituição e a finalidade, como SCHOPENHAUER, para quem, “em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres” (MONTEIRO *apud* GONÇALVES, 2014, p. 37).

O Direito Romano define o casamento de duas formas, o primeiro de caráter religioso e a perenidade da união, a segunda desaparece a alusão à Igreja e também a permanência do vínculo. Tais definições deixam de lado a celebração do casamento e levam em consideração a relação jurídica.

A base da família é o casamento, mais importante de todas as instituições de direito privado, sendo conceituado por Diniz assim: “O casamento é o vínculo jurídico entre homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (DINIZ, 2007).

O Código Civil vigente no Brasil, Lei nº10.06/02, trata do casamento no subtítulo I do livro IV, que estabelece normas atinentes ao direito de família, conceituando o instituto em seu artigo 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2015c).

Como se percebe pelo texto legal, busca-se valorizar a plena comunhão de vida entre os casados, que possuem com direitos e deveres recíprocos, devendo as decisões serem tomadas em comum acordo, sendo vedado a qualquer pessoa, nos termos do art. 1513 do Código Civil, “interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2015c).

2.3 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Quanto à natureza jurídica do casamento, não há unanimidade de entendimento pela doutrina, destacando-se três correntes: a primeira corrente entende que o casamento possui natureza contratual, ou seja, trata-se de um contrato de direito de família; a segunda corrente afirma que o casamento é uma instituição; a terceira corrente afirma que se trata de um ato complexo, quer dizer, é contrato por ocasião de sua formação e instituto com relação ao seu conteúdo. Com efeito:

As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de três correntes: (a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, que vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional, que destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; a terceira corrente doutrinária chamada (c) eclética, que vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação é uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo (DIAS, 2007, p. 140).

As pessoas são livres para casar, mas depois de casadas estão sujeitas aos efeitos do casamento. Dessa forma, o casamento é considerado uma instituição, onde surgindo os direitos e obrigações a partir de sua celebração, por determinação legal e não pela vontade dos nubentes. O aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico (DIAS, 2007).

O casamento é considerado um contrato diferente, pois é regido pelo direito de família, talvez a melhor expressão para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado. É um negócio jurídico bilateral com um envolvimento afetivo, onde juntos pretendem formar uma família e a realização pessoal do seu projeto de felicidade (DIAS, 2007).

Para Gonçalves, o casamento é uma instituição social, pois constitui um conjunto de regras que são impostas pelo Estado, os nubentes tem a faculdade de aderir, a sua adesão implica os efeitos automaticamente (GONÇALVES, 2014). E acrescenta:

Não há, realmente, inconveniente de chamar o casamento de contrato especial, um contrato de direito de família, com características diversas do disciplinado no direito das obrigações, uma vez que, como afirma SILVIO RODRIGUES, assume ele “a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre das vontades dos nubentes, mas que se completa pela celebração, que é o ato privativo de representante do Estado” (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2014, p.43).

Para Rodrigues *apud* Gonçalves, o casamento depende livremente da vontade dos nubentes, e a celebração é um complemento que depende do Estado para validar esse ato (RODRIGUES *apud* GONÇALVES, 2014).

2.4 ESPÉCIES

Segundo Dias, dentre as espécies de casamento, o Estado reconhece duas formas, o casamento civil e o casamento religioso. Veja-se:

O Estado admite duas formas de casamento (CF 226 §§ 1.º e 2.º): o civil (CC 1.512) e o religioso com efeitos civis (CC 1.515 e 1.516). Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido somente por uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de sua validade e seus efeitos bem como os defeitos de sua dissolução (DIAS, 2007, p.141).

Estas duas formas de casamento, dentre outras, estão previstas no Código Civil de 2002, conforme a citação feita anteriormente.

Passa-se a abordagem dessas duas espécies possíveis, de acordo com o regramento legal pátrio.

2.4.1 Casamento Civil

O casamento civil é um ato solene, é realizado por um celebrante perante testemunhas. O celebrante é o Oficial do Cartório do Registro Civil, podendo ser realizado no próprio cartório, ou se os nubentes optarem por outro local será realizado da mesma forma (DIAS, 2007).

Há previsão, tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil, da gratuidade da celebração, quando os nubentes declararem pobreza. Com efeito, o artigo 226 da Constituição Federal dispõe que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E o parágrafo 1º: “O casamento é civil e gratuita sua celebração” (BRASIL, 2015b).

No Código Civil o artigo 1.512: “O casamento é civil e gratuita sua celebração” (BRASIL, 2015c).

A isenção de pagamento das custas também se estende; á habilitação, a primeira certidão de casamento e ao registro do casamento conforme o artigo a seguir:

Art. 1.512 [...]

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custa, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas das leis (BRASIL, 2015c).

2.4.2 Casamento Religioso com efeitos Cíveis

Admite-se na Constituição Federal, no artigo 226 §2.º. Apesar das grandiosas disputas entre a Igreja e o Estado, empregando a solenidade na religiosa do casamento. Tendo os requisitos legais o casamento terá efeitos cíveis (DIAS, 2007, p. 142). No artigo 226 parágrafo 2º da Constituição Federal dispõe: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da Lei” (BRASIL, 2015b).

Mas não foi sempre assim, a Igreja tinha exclusividade em realizar o casamento de seus cristãos. Na Constituição Federal de 1891 o casamento civil foi reconhecido com única modalidade válida de união, surgindo os relacionamentos informais da união estável.

No Código Civil “Realizando o casamento por confissão religiosa reconhecida, seus efeitos cíveis poderão ser validados se a requerimento do casal for registrado, a qualquer tempo, no ofício civil, mediante prévia habilitação matrimonial, perante[...]” ((MADALENO, 2008, p. 90) no prazo de noventa dias e perante autoridade competente.

Veja-se as condições estabelecidas para o casamento, previstas no Código Civil:

Art. 1.525 requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos;

I – certidão de nascimento ou documento equivalente;

II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ao ato judicial que se a supra;

III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhece-los e afirmem não existir impedimentos que os iniba de casar;

IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.(BRASIL, 2015 c).

No casamento civil e religioso sempre haverá divergências, pois o divórcio somente é reconhecido pela lei civil, isso impede que o divorciado case pela segunda vez no religioso (MADALENO, 2008).

2.5 FORMALIDADES DO CASAMENTO

No Código Civil, dos artigos 1.525 ao 1.532, encontra-se o tratamento com relação às formalidades do casamento. Para melhor compreensão, impõe-se a transcrição do texto legal:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I- certidão de nascimento ou documento equivalente;

II- autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiver, ou ato judicial que a supra;

III- declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV- declarações do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contratantes e de seus pais, se forem conhecidos;

V- certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio (BRASIL, 2015c)

A formalidade legalmente exigida tem como objetivo verificar que o casamento, que é feito perante o oficial do registro civil, seja feito de forma legal sem nenhum tipo de infração.

A prova da idade deve ser feita, pois, o Código Civil só permite a casamento entre pessoas maiores de dezesseis anos, nos termos do artigo 1.517. Ainda com relação a idade, no que diz respeito a maiores de setenta anos, o artigo 1641, II, impõe-lhes o regime obrigatório de separação de bens (BRASIL, 2015c).

A prova da idade poderá se feita através da certidão de nascimento, bem como a filiação e o local de nascimento. Quem não for emancipado, os pais, tutores ou curadores deveram autorizar a celebração do casamento. As testemunhas tem o propósito de confirmar a realização do ato solene, afirmam conhecer os nubentes e que não há nenhum impedimento na realização do ato (BRASIL, 2015c).

No inciso IV do artigo 1.525, trata do juízo competente para processar a habilitação, sabe-se através de declaração de residência dos nubentes e dos pais (BRASIL, 2015c).

Para atestar a viuvez, de acordo com o inciso V do art. 1525 do CC, faz-se necessária a apresentação do atestado de óbito do cônjuge falecido. Através deste documento será reconhecida a capacidade de contrair novas núpcias (BRASIL, 2015c).

A respeito da habilitação para o casamento, importante transcrever o disposto do art. 1.526 do CC:

Art. 1526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.
Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público, ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz (BRASIL, 2015 c).

Os autos serão remetidos ao juiz obrigatoriamente para ser homologado, mesmo não tenha sido impugnado (BRASIL, 2015 c).

Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na empresa local, se houver.

Parágrafo único. A autoria competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação (BRASIL, 2015c).

Depois de cumpridas as formalidades dos artigos 1.526 e 1.527, a partir desta data os nubentes tem noventa dias para se casarem (GONÇALVES, 2014).

Art. 1.528. É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens (BRASIL, 2015c).

O oficial deverá esclarecer aos noivos a cerca dos impedimentos, como também a possibilidade de escolha quanto ao regime de bens e seus efeitos jurídicos (BRASIL, 2015c).

Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruídas com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas (BRASIL, 2015c).

É dever do oficial do registro, dar ciência da impugnação aos nubentes, ainda dar nomes de quem apresentou. Será permitido um prazo para que os nubentes façam prova contrária aos fatos alegados, como dispõe o art. 1530, *in verbis*:

Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável pra fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má fé (BRASIL, 2015c).

Conforme o artigo 67, inciso 5º, da Lei nº6.015/73, os nubentes tem três dias para indicar as provas que pretendam produzir. Julgada improcedente a oposição de impedimentos é facultado aos nubentes a promoção de ações civis e criminais, pois o direito de contrair matrimônio, dentro das normas legais, não poderá ser violados por oposições descabidas que violam o interesse das nubentes (BRASIL, 2015).

No artigo 1531 do Código Civil diz: “cumpridas as formalidades dos artigos 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação” (BRASIL, 2015c).

Será conferido aos nubentes a certidão de habilitação, se no prazo de publicação não houver nenhum impedimento oposto ou declarado de ofício pelo oficial de registro civil (BRASIL, 2015 c).

Ainda no Art. 1.532 fala sobre: “A eficácia da habilitação será de noventa dias a contar da data em que foi extraído o certificado” (BRASIL, 2015c). Caso o casamento não seja realizado dentro do prazo de eficácia, (noventa dias), os noivos deverão promover nova habilitação (BRASIL, 2015 c).

Apresentados os documentos pelos noivos no cartório, os mesmos poderão contrair o matrimônio.

3 DOS REGIMES DE BENS

O Código Civil Brasileiro permite que o casal opte pelo regime de bens que mais lhes prouver. Essa escolha deverá ser feita antes da celebração do casamento, deste modo serão definidos juridicamente como serão administrados os bens do casal durante o casamento.

Segundo Gonçalves, os efeitos produzidos pelo casamento são numerosos e complexos, irradiando suas consequências pela sociedade e de forma significativa na relação entre os cônjuges, ou seja, pessoais e econômica (GONÇALVES, 2014).

Mas o que importa neste contexto é a questão patrimonial, uma vez que abrange o regime de bens entre os conviventes.

O Artigo 1.697 do CC traça disposições gerais: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2015c). Prossegue o parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal: “Os regimes de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento” (BRASIL, 2015c).

Já o artigo 1.640 do CC traz no seu texto a seguinte disposição: “Não havendo, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorara, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial” (BRASIL, 2015c).

É necessário um regime de bens que trate das questões patrimoniais do casal, caso os nubentes calar-se, ficam sujeitos ao regime da comunhão parcial de bens (DIAS, 2007).

3.1 ESPÉCIES DE REGIMES

Os nubentes tem a liberdade plena de estabelecer o regime que mais lhe aprouver. Em regra, somente em alguns casos não poderão ter a oportunidade de escolher, conforme será abordado no próximo capítulo.

Os nubentes tem a opção de escolha entre quatro regimes de bens: a Comunhão Parcial; Comunhão Universal; Separação Total e o regime de Participação final nos aquestos.

Importa estabelecer o regramento geral atinente a cada um desses regimes, conforme passa a ser feito.

3.2.1 Regime de Comunhão Parcial

Enquanto vigia no Brasil o Código Civil de 1916, a doutrina entendia que o regime de comunhão parcial era o que melhor atendia aos princípios de justiça, pois assegurava a autonomia dos cônjuges, conservando seus respectivos bens.

Com o advento do Código Civil de 2002, o regime da comunhão parcial de bens foi mantido, estando disposto do art. 1.658, *in verbis*: “No regime de comunhão parcial, comunica-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes” (BRASIL, 2015c).

No regime de comunhão parcial, de acordo com Dias, existem três blocos: o particular, os bens do marido e os bens da esposa, os bens adquiridos antes do casamento e os aquestos, adquiridos durante o casamento, além dos bens em comum do casal. Na divisão dos bens cada um fica com os bens particulares mais a metade dos bens adquiridos no casamento (DIAS, 2007).

Conceituando o regime da comunhão parcial de bens, Rodriguez *apud* Diniz entende que:

O regime de comunhão parcial de bens é, segundo Silvio Rodrigues, aquele que basicamente, exclui da comunhão dos bens que os consortes possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, e que inclui na comunhão os bens adquiridos posteriormente (RODRIGUES *apud* DINIZ, 2007, p. 163).

Esse regime permite que cada um conserve o seu patrimônio adquirido antes do casamento e estabelece uma solidariedade, materialmente falando, entre os cônjuges, tornando mais justa a divisão dos bens no caso de separação (DINIZ, 2007).

De acordo com o Código Civil, estão excluídos da comunhão de bens:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possui ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II – os bens adquiridos com valores pertencentes exclusivamente a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III – as obrigações anteriores ao casamento;
- IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V – 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 (BRASIL, 2015c).

Tais bens, arrolados pela lei, excluem-se da comunhão de bens do casal, por serem considerados bens personalíssimos (RIZZARDO, 2005).

O artigo 1.660 do CC estabelece o rol de bens que integram a comunhão como sendo os bens adquiridos ao longo da vida conjugal. Veja-se:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só no nome de um dos cônjuges;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (BRASIL, 2015c).

Os bens comuns servirão para o pagamento das contas da família, por exemplo, contas de água, luz, telefone, dentre outras. A administração dos bens, neste caso, cabe a qualquer um dos cônjuges. Quando se constata a mal administração do mesmo, o juiz poderá atribuir apenas a um dos cônjuges que administre os bens (DINIZ, 2007).

No Código de 1916 somente o marido era que administrava os bens comuns e particulares do casal, diferente do Código de 2002 que faculta a administração a qualquer um dos cônjuges (GONÇALVES, 2014).

Quanto às dívidas adquiridas pelo casal, o cônjuge responsável pela administração é obrigado a saldar a dívida, com seus bens comuns e particulares, e, somente do outro a parte que lhe foi de proveito. Mas as dívidas contraídas na administração particular de ambos, não obrigam os bens comuns, nos termo do art. 1.666 do CC (BRASIL, 2015c).

Para Madaleno, esse regime diferencia três tipos de bens: os bens do marido, os bens da mulher e os bens comuns (MADALENO, 2008).

Os bens comuns se comunicam com as núpcias, ficando de fora, porém, quando da dissolução do casamento, os bens do marido e os bens da mulher, e os

que lhes sobrevierem na constância do casamento, a doação, sucessão ou sub-rogados em seu lugar. Segundo Madaleno:

Dessa forma são comunicáveis os bens aprestos, cuja a aquisição ou propriedade antecede ao casamento, por doação ou herança, como tampouco se comunica os bens que nestes se sub-rogarem, como acontece quando o cônjuge vende um bem comunicável e com o produto desta venda adquire outro de igual valor, e este novo bem adquirido por sub-rogação do preço ou da permuta também não se comunica (MADALENO, 2008, p. 556).

Na sub-rogação, o que exceder o limite comunica-se, ou seja, quando o valor exceder o valor alçado o excesso entra na divisão dos bens.

3.2.2 Regime de Comunhão Universal

Até o advento da Lei nº 6.515, de 1977, o regime de comunhão universal foi o que predominou no Brasil, conforme observado por Rizzardo (2011).

Todos os bens presentes ou futuros, não importando sua natureza, se fundem, os bens levados pelo matrimônio e trazidos pelo outro cônjuge formam uma única massa (RIZZARDO, 2011).

Dias conceitua o regime da comunhão universal de bens da seguinte forma: pretendendo os noivos transformar o casamento em uma união de vidas e, conseqüentemente de bens, ocorrendo a fusão dos bens trazidos pelos nubentes, formando uma única universalidade. Cada um é proprietário da metade de toda a totalidade dos bens do casal (DIAS, 2007).

Nesse regime, comunicam-se todos os bens, tanto os atuais como também os bens futuros. Deve-se ser estipulado um pacto antenupcial, por se tratar de um regime convencional (GONÇALVES, 2014).

Dispõe o artigo 1.667, que revogou o artigo 262 do Código de 1916, *in verbis*: “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” (BRASIL, 2015c).

Segue o rol dos bens excluídos da comunhão universal, nos termos do artigo 1.668 do Código Civil atual:

Art. 1.668: O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceção do artigo seguinte.

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de ser realizada a condição suspensiva;

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 (BRASIL, 2015c).

Mesmo a regra sendo a comunhão, a lei dita essas exceções, excluem-se portanto, alguns bens, por serem considerados personalíssimos, ou devido sua própria natureza (DINIZ, 2007).

Prevalecesse o princípio do artigo 246 do Código Civil de 1916 (já revogada pela Constituição Federal de 1988) e todos os bens seriam de reserva exclusiva de seu respectivo titular, sobrevivendo apenas o regime da separação total de bens no elenco patrimonial-conjugal-brasileiro, pois seria inevitável ter de estender também ao homem o privilégio do bem reservado, por circunstâncias do princípio constitucional da paridade do direito dos cônjuges (MADALENO, 2008, p. 569).

Assim sendo, comunicam-se todos os bens presentes e futuros, até mesmo as dívidas passivas adquiridas por eles.

3.2.3 Regime de Participação Final nos Aquestos

Nesse regime denominado de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, e, no caso da dissolução do casamento, cada um tem direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso (GONÇALVES, 2014).

É um regime misto, pois, durante o casamento, aplica-se regras da separação total e, na dissolução, as regras da comunhão parcial. É na verdade um regime de separação de bens, cada cônjuge sendo responsável pela administração de seus bens particulares (GONÇALVES, 2014).

O Código Civil prevê, em seu art. 1672:

Art. 1.672. No regime de participação final dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe direito à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (BRASIL, 2015c).

Compreende como patrimônio próprio, os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os adquiridos por ele a qualquer título durante o casamento. São dois tipos que formam o patrimônio próprio, definido pelo artigo 1.673, os bens trazidos para o casamento e os adquiridos no casamento a título gratuito ou oneroso, mas apenas os adquiridos a título oneroso entram na partilha, no caso de dissolução. A

administração é exclusiva de cada cônjuge, podendo alienar os bens móveis (RIZZARDO, 2011).

Somente após a dissolução do casamento, e feita a divisão, por morte ou pela separação judicial, aquele patrimônio formado pelos aquestos e adquiridos pelo casal a título oneroso, excluindo-se a soma dos patrimônios próprios. Dispõe o Código Civil Vigente, no artigo 1.674. (BRASIL, 2015c).

Segue os bens que excluem-se da soma dos patrimônios próprios:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se das somas do patrimônio próprios:
I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
II – os que sobrevieram a cada cônjuge por concessão ou liberalidade;
III – as dívidas relativas a esses bens.
Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (BRASIL, 2015c).

Ainda, segundo Gonçalves, o cônjuge ou os herdeiros, poderão reivindicar os aquestos doados ou por outra forma alienados, sem sua autorização, ou também poderá optar por pagamento em dinheiro ou ser compensado por outro bem, nos termos dos artigos 1.675 e 1.676 do CC. Deve ser atualizado o valor na data da cessação da convivência, nos termos dos artigos 1.678 e 1.683 do CC (BRASIL, 2015 c).

Madaleno cita um problema nessa espécie de regime:

O problema de fundo está em determinar se no regime de participação final dos aquestos os bens existentes em nome de um cônjuge se encontram sob sua exclusiva titularidade material e formal, ou se ao tempo da dissolução da sociedade incide uma titularidade conjunta (MADALENO, 2008, p. 581).

É necessário saber se na dissolução do casamento existe uma titularidade conjunta ou se a titularidade é exclusiva de um dos cônjuges, aí que surge o problema.

Para Moraes, esse regime é parecido com o regime de separação de bens na constância do casamento e aproxima-se na dissolução do casamento com o regime de comunhão parcial (MORAIS *apud* MADALENO, 2008).

3.2.4 Regime de Separação dos Bens

No regime de separação de bens, cada cônjuge tem com exclusividade o domínio, a posse e administração de seus bens presentes e futuros. Também é de sua responsabilidade os débitos posteriores e anteriores ao casamento. Existem dois patrimônios neste regime: os bens da mulher e os bens do marido. A incomunicabilidade dos bens serve tanto para os bens anteriores ao casamento, quanto aos bens posteriores, adquiridos no casamento. Há uma separação do patrimônio, qualquer um dos consortes poderá, sem autorização do outro, prestar fiança ou aval e fazer doação (que não pode ser remuneratória). Ambos deveram contribuir nas despesas do casal, de acordo com seus rendimentos, exceto, quando estipulado ao contrário no pacto antinupcial (DINIZ, 2007).

O artigo 1.687 do Código Civil de 2002 dispõe: “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” (BRASIL, 2015c).

Poderão os nubentes optar pela incomunicabilidade total dos bens perante um pacto antinupcial. O casamento neste regime não repercute na esfera patrimonial, o patrimônio de cada cônjuge não se comunicam. Cada um tem a administração, domínio e a posse de seus bens, podendo sem consentimento do outro, gravar de ônus real e alienar (DIAS, 2007).

Segundo o artigo 1.688 do Código vigente: “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial” (BRASIL, 2015c).

Há de se destacar o disposto no artigo 1.641 do Código Civil vigente em especial o inciso II, que tem a seguinte redação: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de setenta anos; [...]” (BRASIL, 2015c).

Miranda *apud* Madaleno trata do regime de separação de bens da seguinte forma: “o patrimônio dos cônjuges continuam incomunicáveis e cada um administra a parte que lhe cabe. No Código de 1916 era restrito exclusivamente ao marido a administração dos bens mesmo quando o regime fosse o da separação dos bens” (MIRANDA *apud* MADALENO, 2008).

Importante destacar o seguinte:

Neste regime existe total independência patrimonial entre os cônjuges e ele em nada altera a propriedade dos bens dos consortes, como tampouco confere qualquer expectativa de ganho ou de disposição sobre os bens do parceiro. Cada cônjuge conserva a propriedade dos bens já existentes em seu nome e daqueles adquiridos na constância do matrimônio, inclusive sobre a sua administração, mantendo a exclusiva responsabilidade pelas dívidas contraídas, com exceção dos débitos assumidos em benefício da família conjugal, quando então os esposos respondem por este elenco de dívidas (MADALENO, 2008, p. 601).

Esse regime decorre de lei ou do um pacto antinupcial cada um dos consortes possuem exclusivo domínio, posse, administração de seus bens bem como as dívidas contraídas antes ou depois do casamento terá responsabilidade sobre as mesmas, exceto quando as dívidas resultarem de débitos em favor da família conjugal os dois responderam igualmente.

Ver-se-á no próximo capítulo as divergências referentes à obrigatoriedade da separação de bens entre pessoas maiores de setenta anos.

4 O CASAMENTO DEPOIS DOS SETENTA ANOS E A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O casamento entre pessoas que já tenham setenta anos, ao contrário do que o senso comum possa pensar, possui restrições legais, no que pertine ao tratamento do regimes de bens, como passa a ser abordado.

4.1. O REGIME ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL

Ao completarem setenta anos, os indivíduos idosos somente poderão se casar se o fizerem sob o regime de separação de bens, conforme preceitua o artigo 1.641, III do Código Civil de 2002, com redação estabelecida pela Lei nº12.344/10 (BRASIL, 2015c).

Tal dispositivo preceitua o seguinte:

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
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.
(BRASIL, 2015c)

O texto legal transcrito, suscita discussões na doutrina, que argumenta que a restrição legal fere dispositivos constitucionalmente previstos como garantias da pessoa humana.

A fim de verificar a pertinência ou não da discussão, no presente capítulo, far-se-á uma análise das disposições do Código Civil, em cotejo com os princípios constitucionais correlatos.

Segundo Dias, os nubentes poderão adotar qualquer dos regimes previstos em lei, ou até mesmo um regime próprio, no entanto, no regime de separação obrigatório, não é respeitada a vontade do casal (DIAS, 2013).

A exigência de regime especial para maiores de setenta anos limita a vontade dos nubentes perante uma verdadeira ameaça, afrontando o próprio Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/03 - , pois a limitação da vontade do idoso em razão da idade, não seria a melhor forma de proteção, mas sim uma verdadeira sanção (DIAS, 2013).

Alguns juristas consideram inconstitucional a imposição do regime da separação de bens, pois, não se pode impor limites de capacidade de agir das pessoas, devido a sua idade, destacando ainda, que não é melhor forma de proteção, de modo que os bens ficam à disposição do companheiro(a), podendo inclusive serem doados, o que não impediria a dilapidação de seu patrimônio, já que não há nenhuma vedação da doação de bens de um cônjuge para outro (MADALENO, 2008).

Veja-se a manifestação de Gonçalves, a esse respeito:

Tem a jurisprudência proclamado, porém, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva [...] (GONÇALVES, 2014, p. 471).

Ainda, Cahali *apud* Gonçalves refere que a tutela do Estado sobre os idosos com mais de setenta anos e seu patrimônio mostra-se excessiva, descabida e injustificável, mostrando-se pertinente a seguinte transcrição:

A doutrina, de forma quase unanime, tem-se posicionado nesse sentido. Francisco JOSÉ CAHALI, atualizando a obra de SILVIO RODRIGUES, pondera que a restrição apontada se mostra atentatória da liberdade individual e que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz de certo é descabida e injustificável. Alias, afirma, “talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver” (CAHALI *apud* GONÇALVES, 2014, p. 471).

Chinelato diz que as pessoas com mais de setenta anos tem maturidade, conhecimento de vida pessoal, familiar e profissional, podendo tomar decisões por si mesmas. Devido a idade, os idosos poderão apresentar algumas restrições, mas, quaisquer restrições devem ser aferida no caso concreto, a lei não pode presumi-la, precisa atestá-la (CHINELATO *apud* GONÇALVES, 2014).

Veja-se que não há justificativa plausível para a restrição legal, já que os indivíduos que completam setenta anos não podem, simplesmente por esse motivo, serem tidos como pessoas com sanidade reduzida. Com efeito:

Em todas as outras previsões legais que impõe 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 salinidade, de forma aleatória sem buscar algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a vontade de escolher um regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é **absoluta**, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal (DIAS, 2007, p. 229). (grifo no original).

A imposição do regime de separação obrigatória de bens, deixa bem claro, a limitação de vontade dos nubentes e afronta o Estatuto Do Idoso (DIAS, 2007).

4.2 SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diante do disposto no artigo 1641 do Código Civil, já analisado, a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando um dos nubentes for septuagenário passou a ser discutida nos tribunais, ainda mais tendo em vista que em 1964 foi editada a Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 2015e)

De acordo com Lobo (2012), o texto sumulado significa que, mesmo no caso de separação legal obrigatória, comunicam-se os aquestos, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento.

Dias (2013), no que pertinente à posição sumulada do STF, afirma que o posicionamento do Estado em reger a vida pessoal das pessoas vai da imposição de idade mínima, até da idade máxima para casamento, para quem não cumprir com o que determina a lei, é como se o casamento não existisse, pelo menos nos aspectos patrimoniais.

Não se comunicam os bens que os nubentes possuíam antes do casamento (particulares), também os bens futuros, aqueles adquiridos durante a vida em comum (aquestos) (DIAS, 2013).

O legislador limitou-se a reproduzir dispositivo que existia no Código Civil anterior, não atentando que a justiça já o havia alterado. A restrição à **autonomia da vontade**, não admitindo sequer a comunhão dos bens adquiridos durante a vida em comum, levou o STF editar a súmula 377. Eis a justificativa do enunciado: *a interpretação exata da súmula é no sentido de*

que, o regime de separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos a constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, de comunhão de esforços (DIAS, 2013, p. 260). (grifo no original)

Entende Diniz, que o idoso tem maturidade suficiente para tomar suas próprias decisões em relação ao seu patrimônio, já que é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, e não faria sentido, salvo se comprovado ser vulnerável a um possível “golpe do baú” (DINIZ, 2007).

4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM O CASAMENTO

A família é protegida por alguns princípios que se estendem ao casamento, esses princípios são de extrema importância, pois regem as famílias, que são consideradas a base de uma sociedade. Se a família é bem estruturada, unida pelo amor e respeito, a sociedade cresce em um ambiente saudável, ou seja, é o reflexo da família.

Assim, nesse ponto do estudo, passa-se à abordagem dos princípios constitucionais que se aplicam ao casamento, buscando observar se o estabelecimento do regime da separação total de bens para os indivíduos que já possuem setenta anos, fere ou não os dispositivos constitucionais.

4.3.1 Dignidade da Pessoa Humana

O primeiro e mais importante princípio a ser abordado trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana. É considerado como um dos princípios de maior valor, pois trata da proteção da Dignidade da Pessoa Humana, bem como o cuidado da família e seus integrantes (SEREJO, 2014).

A propósito de uma definição do que seja dignidade da pessoa humana, importante transcrever a seguinte conceituação:

A dignidade da pessoa humana é um núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade (LÔBO, 2012, p. 60).

A doutrina destaca o respeito, como peça fundamental para uma boa convivência familiar, em comunidade e também para que se viva com dignidade (LOBÔ, 2012).

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, trata do princípio da Dignidade Humana, e o artigo 226, § 7º, fala da dignidade como um modo de planejamento familiar. Ainda, o artigo 230 da CF destaca que o Estado, a família e a sociedade tem o dever de amparar os idosos, assegurar sua dignidade (BRASIL, 2015 b).

Veja-se o disposto no §7º do art. 226 da CF/88:

Art. 226: [...]
§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana [...], o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar [...] o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 2015b).

A pessoa idosa por muitas vezes acaba sendo um encargo, discriminado e isolado pela sociedade e até mesmo pelos seus familiares que deveriam ampará-lo. Justamente para proteger esses indivíduos, assim considerados vulneráveis, é que a Constituição preceitua certas garantias a eles destinadas.

Esse princípio diz respeito à garantia plena, para que todos possam realizar seus anseios e interesses efetivos, assim sendo, os idosos tem o direito de fazer valer sua vontade, decidir ele mesmo sobre seus interesses, sem que haja intervenção de terceiros.

É necessário transformar o direito de família, controlar seus excessos, para que reine o respeito, o diálogo e a troca de experiência de vida.

4.3.2 Princípio da Isonomia

Na Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, no caso em particular que interessa ao presente estudo, sem que possa haver qualquer distinção com relação a idade.

Isso é o que está disposto no artigo 3º, inciso IV da CF/88, *in verbis*:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação (BRASIL, 2015b).

Assim, fica evidenciado que a pessoa idosa não poderá sofrer distinção em virtude de sua idade seja ela de qualquer natureza.

Madaleno entende que a disposição contida no inciso II do artigo 1641 do CC, qual seja, a exigência de que os indivíduos que já tenham setenta anos se casem obrigatoriamente sob o regime da separação de bens, afronta o dispositivo constitucional, por criar justamente uma distinção, unicamente em razão da idade. Veja-se:

A Constituição Federal (art. 230) também proíbe a discriminação em razão da idade, não obstante o Código Civil ignorar essa vedação no artigo 1.641, II, e de igual assegurar proteção jurídica ao idoso, através do Estatuto do Idoso [...]. O estatuto do idoso regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo destinatário, com prioridade, e imediata aplicação de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhe todas as oportunidades, [...] em condições de liberdade e dignidade (MADALENO, 2008, p. 68-69).

Ainda, no artigo 5º da CF/88 encontra-se a seguinte disposição:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2015 b).

Neste contexto, o idoso não poderá ter restrições em decorrência de sua idade, sob pena de afronta aos fundamentos do estado democrático de Direito.

Importa considerar o seguinte:

Elida Séguin desafia a sociedade a se despir dos seus preconceitos como o que aflora da isonomia, e deixar de pensar nos idosos como um grupo

homogêneo ou de pessoa incapazes de contribuir economicamente, por que se contribui em verdadeira falácia imaginar que todas as pessoas idosas são iguais, quando são realmente diferentes, e compõem uma pluralidade de pessoas, cujo o único ponto em comum está no fato de pertencerem a uma mesma faixa de idade, e, enquanto muitos leva a vida ativa e sadia, outros optam por envelhecerem psicologicamente (MADALENO, 2008, p. 32).

Não há como aceitar que o simples fato de ser idoso impeça a pessoa de exercer sua liberdade e o direito de ser feliz. O que o estabelecimento obrigatório do regime da separação de bens faz é discriminar os idosos, deixando de tratá-los de forma isonômica, presumindo sua incapacidade e deduzindo serem presas fáceis de contraírem núpcias, apenas por interesse material (MADALENO, 2008)

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são as certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades matérias têm por objetivo a igualdade de condições sócias, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (MORAIS, 2014, p. 35).

O princípio da igualdade tem como objetivo principal de impedir o tratamento diferenciado entre pessoas que se encontram em situações idênticas. O Estado deve aplicar as normas de forma igualitária e sem diferenciações (MORAIS, 2014).

Silva fala que igualdade é fundamental na democracia, pois não aceita privilégios, os homens permanecem iguais em direito (SILVA, 2014).

4.3.3 Princípio da Liberdade

O princípio da liberdade garante a livre escolha na formação da família, entre o casamento ou a união estável, sendo vetada a intervenção de pessoa pública ou privada, ou seja, dispõe sobre a livre decisão a cerca do planejamento familiar. O Estado somente terá competência para intervir na unidade familiar quando for para propiciar educação e informações científicas (MADALENO, 2008).

O artigo 1.639 do CC estabelece que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2015c). Trata-se do acolhimento pela norma, do princípio da liberdade. Em outras palavras:

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 as relações econômicas a vigorar durante o matrimônio (GONÇALVES, 2014, p. 452).

Também poderão os nubentes optar por um regime próprio, criando um regime misto, eleger um novo e distinto, modificá-lo, combinar os bens que serão separados e os que farão parte da comunhão (GONÇALVES, 2014).

Esse é outro campo de discussão muito orientada pelo idealismo e pela metafísica. *Liberdade interna* (chamada também *liberdade subjetiva*, *liberdade psicológica* ou *moral* e especialmente *liberdade de indiferença*) é o *livre-arbítrio*, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente *liberdade do querer*. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é *poder de escolha, de opção*, entre fins contrários. E daí outro nome que se lhe dá: *liberdades dos contrários*. O debate não leva nada. Toda gente sabe que, internamente, é bem possível escolher alternativas contrárias, se se tiver *conhecimento* objetivo e correto de ambas. A questão fundamental, contudo, e saber se, feita a escolha, é

possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da *liberdade externa* (SILVA, 2014, p. 233).

A liberdade objetiva a vontade individual de cada pessoa, o seu direito de agir livremente, conforme seu desejo, sem nenhuma forma de imposição ou restrição de sua liberdade (SILVA, 2014).

A respeito do princípio da liberdade e o casamento:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção da entidade familiar, sem imposição ou restrição externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar [...] (LÔBO, 2012, p. 69).

Assim, vê-se que o Estado não deve regular deveres que restringem a liberdade das pessoas, desde que, obviamente, não repercutem no interesse geral.

Esse princípio da liberdade é claramente violado quando restringem a autonomia das pessoas, não permitindo que os maiores de setenta anos possam escolher o seu próprio regime matrimonial de bens, conforme o artigo 1.641, II, do Código Civil (LÔBO, 2012).

Cumpra observar as disposições contidas no artigo 10 do Estatuto do idoso, Lei nº10.741/03, *in verbis*:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de

direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º. O direito a liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

[...]

II- opinião e expressão;

[...]

§ 3º. É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o salvo de qualquer tratamento desumano, violento aterrorizante, vexatório ou constrangedor (BRASIL, 2015d).

O Estado e a sociedade, serão obrigados a garantir aos idosos os direitos fundamentais, assegurando-lhes a liberdade, a dignidade e o respeito.

O parágrafo 3º do citado artigo 10 determina que todos têm o dever de zelar pela pessoa idosa, conseqüentemente protegê-la de tratamento vexatório e constrangedor, de tal forma que se pode compreender a imposição do regime de separação de bens como uma limitação constrangedora e vexatória para uma pessoa idosa.

Deve-se primar pela valorização do ser humano, como sujeito de desejos e sentimentos próprios, que busca durante toda a vida a felicidade. Apesar do descaso, o assunto é de extrema importância e deve ser analisado com mais cuidado e prudência, buscando sempre pelo bem estar do idoso, uma vez que as relações afetivas devem prevalecer sob o patrimônio.

Abordados os princípios constitucionais fica visível a diferenciação devido à idade. Nesses casos o Estado deverá intervir de forma mais efetiva, para que a liberdade e os direitos dos idosos sejam respeitados.

Sugere-se, portanto, uma atualização na legislação civilista, para que a Constituição Federal seja respeitada, logo os princípios constitucionais sejam efetivados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvido o presente estudo, pode-se dizer que para julgar uma situação social é preciso conhecer sua origem. O estudo dedicou-se a abordagem da necessidade, por conta de imposição legal, da eleição do regime da separação de bens, a todos os indivíduos que, tendo setenta anos, desejarem realizar um casamento. O assunto assume grande interesse na atualidade, ainda mais por conta do aumento da expectativa de vida do brasileiro.

O objetivo alcançado foi o de mostrar que, nos dias atuais, a idade, por si só, não pode representar perda da capacidade de autodeterminação. Assim, a regra contida no Código Civil, segundo a qual, pessoas que tenham setenta anos, não podem dispor livremente de seu patrimônio, por ocasião de eventual casamento, por si só é questionável, já que estabelece uma restrição, sob o manto da proteção ao patrimônio do idoso, que pode ser considerada preconceituosa.

Para o alcance do objetivo, o estudo buscou, inicialmente, realizar um retrospecto histórico acerca do casamento, analisando as Constituições Federais passadas, além das disposições contidas no hoje revogado Código Civil de 1916.

Também foram abordados todos os regimes de bens permitidos legalmente, assim como as hipóteses de cabimento. Feito isso, fez-se necessário abordar os princípios constitucionais atinentes ao casamento e ao idoso, de tal forma que a desigualdade ficou explícita, verificando-se que, ao contrário do que preceitua a Constituição Federal, ao se limitar o direito de escolha do idoso, usando-se como argumento tão somente a idade, está-se, na verdade, realizando tratamento diferenciado a indivíduos que não são vulneráveis e que não precisam de tal diferenciação.

Realizado o estudo, observou-se a necessidade de intervenção do Estado para que os direitos dos Idosos sejam vistos de forma mais efetiva, porém, viu-se que a idade, por si só, não pode ser vista como um empecilho para que pessoas com mais de setenta anos sejam privadas de direitos previstos a todos.

A família e a sociedade tem o dever proteger os Idosos, pelo principio da dignidade da pessoa humana. A iniciar pela família que é a base de tudo, a começar pelo respeito ao Idoso, deixando à disposição do mesmo a livre escolha de suas decisões. Nem sempre isso acontece e, na maioria das vezes, ao tentar protegê-los acaba-se restringindo seu direitos.

Sugere-se, portanto, uma atualização da legislação civilista, para que a Constituição Federal seja respeitada, assim como os indivíduos que ostentam idade acima de setenta anos, pessoas cada vez mais ativas e que devem ter seus direitos e liberdades respeitados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil. Lei nº3071/16. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 19 jan. 2015a.

BRASIL, Constituição Federal da República do Brasil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em: 22 fev. 2015b.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406/2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 28 fev. 2015c.

BRASIL, Estatuto do Idoso. Lei nº10.741/03. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 15 jan.
2015d.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <
[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina
=sumula_301_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)> Acesso em: 03 fev. 2015e.

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

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

FERNANDES, José Nilton Lima. O Casamento: noções gerais. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4697> Acesso em: 28 fev. 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOBÔ, Paulo, **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEREJO, Lorival. **Direito Constitucional da Família**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.