

SIDNEY HENRIQUE DE OLIVEIRA

O CASAMENTO DOS MAIORES DE SETENTA ANOS

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/ MG

2011

SIDNEY HENRIQUE DE OLIVEIRA

O CASAMENTO DOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Monografia apresentada à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, tendo como orientador professor Claudio Boy Guimarães

FIC/ CARATINGA

2011

“O Senhor te abrirá o seu bom tesouro, o céu, para dar à tua terra a chuva no seu tempo, e para abençoar todas as obras das tuas mãos...”

Deuteronômio 28;12

AGRADECIMENTOS

A Deus por sempre estar comigo me proporcionado mais essa conquista.

A minha família, pelo amor e carinho.

A minha noiva Ana Júlia pelo carinho, apoio e incentivo no decorrer dessa jornada

Aos amigos e todos aqueles que de certa forma contribuíram e fizeram parte desse sonho.

Ao meu orientador, Claudio Boy Guimarães, pela dedicação.

RESUMO

A família é imprescindível dentro da sociedade devido a sua importância na tomada de decisões e distribuição de valores às pessoas que a constituem. Deve-se ser cauteloso no momento de sua formação, devendo o sentimento de afeto recíproco entre os entes formadores ser a base para a formação. A sociedade evoluiu e com ela as famílias. Há muito não se tem casamentos embasados no patrimônio, prevalecendo a livre escolha do casal pra aquilo que melhor lhes aprouver. A Constituição da República garante a todos os cidadãos o direito a um tratamento igualitário através da lei, bem como o direito fundamental à liberdade de escolha. Contudo, o artigo 1641, II do Código Civil determina que o casamento dos maiores de setenta anos seja realizado sob o regime da separação legal de bens. Sendo assim, pode-se considerar que as condições impostas por esse dispositivo ferem o principio constitucional da igualdade e o direito fundamental à liberdade de escolha? É possível verificar que a idade não constitui motivo aceitável à limitação da vontade do indivíduo. Com isso, é possível afirmar que o artigo acima mencionado, embora tenha sido recentemente reformulado, claramente cerceia a autonomia da vontade dos maiores de setenta anos, considerando-os desiguais em relação aos demais indivíduos da sociedade, ferindo o que preconiza a Constituição Pátria.

Palavras-chave: liberdade, igualdade, regime de separação total de bens; casamento.

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	7
<u>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</u>	10
<u>CAPÍTULO I- ENTIDADES FAMILIARES</u>	12
<u>1.1 União estável</u>	12
<u>1.3 Casamento</u>	19
<u>CAPÍTULO II – REGIME DE BENS</u>	24
<u>2.1 Comunhão Universal de Bens</u>	25
<u>2.2 Comunhão Parcial de Bens</u>	27
<u>2.3 Separação de Bens</u>	29
<u>2.4 Separação Obrigatória de Bens</u>	30
<u>2.5 Participação Final nos Aquestos</u>	31
<u>CAPÍTULO III- A TUTELA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E DA LIBERDADE DE ESCOLHA</u>	34
<u>3.1 O princípio constitucional da igualdade</u>	34
<u>3.1.1 O Estatuto do Idoso e a proibição de discriminação</u>	35
<u>3.2 A liberdade de escolha</u>	37
<u>CAPÍTULO IV TUTELA JURÍDICA DO CASAMENTO DOS MAIORES DE SETENTA ANOS</u>	38
<u>4.1 A imposição do regime de separação obrigatória de bens</u>	38
<u>4.2 A realização do controle de constitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil</u>	41
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	46
<u>REFERÊNCIAS</u>	48

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio possui todo um cuidado com a manutenção da família além de preocupar-se com a formação desta, tendo em vista que, a mesma tem uma conotação especial dentro da sociedade,

Sobressalta-se que, com a influência da evolução social na formação das famílias, o ordenamento jurídico tem reconhecido outras formas de entidade familiar além do casamento, como, por exemplo, a união estável e a família monoparental.

O regime de bens escolhido para reger o casamento é faculdade do casal, desde que esteja protegido por nossa legislação. Dessa forma, busca-se consagrar o direito fundamental à liberdade de escolha que é conferido a todo cidadão.

A importância do regime de bens durante o matrimônio encontra fundamento nas questões patrimoniais que envolvem o casamento.

Contudo, quando a legislação refere-se ao casamento dos maiores de setenta anos essa liberdade não existe, já que a lei civil lhes deu tratamento diferenciado, pois os obriga a se casarem sob o regime da separação obrigatória de bens.

Destarte, surge o questionamento quanto à seguinte temática: se a Constituição da República garante a todos os cidadãos o direito a um tratamento igualitário através da lei, bem como o direito fundamental à liberdade de escolha, as condições impostas pelo artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro, para a realização do casamento dos maiores de setenta anos não estaria ferindo o princípio constitucional da igualdade e do direito fundamental à liberdade de escolha?

Considerando a lesão ao princípio da igualdade – consagrado no artigo 5º *caput* da Constituição da República – principalmente ao que se refere à chamada igualdade material, bem como, o direito fundamental à liberdade de escolha em contraste com o tratamento discriminatório aos maiores de setenta anos através da imposição do regime matrimonial da separação legal de bens, pode-se dizer que a recente alteração na lei – artigo 1641, II do código Civil – encontra-se revestida de inconstitucionalidade material estando sujeita ao controle de constitucionalidade de leis.

Como marco teórico da monografia em epigrafe tem-se Maria Berenice Dias:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade é inconstitucional, além de odiosa. Em face do direito de igualdade e à

liberdade de escolha, ninguém pode ser discriminado em função de seu sexo e de sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Estranhamente não é imposto, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigorante quando os nubentes nada convencionaram diferentemente por meio do pacto antinupcial. Impor o regime dá ensejo à ocorrência de injustiça¹.

Diante da citação supra é possível verificar que a idade não constitui motivo aceitável para limitação da vontade do indivíduo. Com isso, é possível afirmar que o artigo 1641, II do Código Civil, embora tenha sido recentemente reformulado, claramente cerceia a autonomia da vontade dos maiores de setenta anos, considerando-os desiguais dos demais, ferindo o que preconiza a Constituição Pátria.

Dessa maneira, é possível perceber a afronta ao estabelecido pela igualdade material, pois o tratamento desigual dado aos maiores de setenta anos, no que tange a escolha do regime de bens, faz com que esses sejam considerados pessoas sem capacidade para exercer sua escolha, o que não condiz com a realidade. A idade avançada não pode ser elemento utilizado para tal afirmativa.

O objetivo geral da pesquisa está pautado em demonstrar como o tratamento diferenciado dado pelo legislador civil aos maiores de setenta anos tem afrontado o princípio constitucional da igualdade material e o direito fundamental da liberdade de escolha.

O presente trabalho trata-se de pesquisa teórico-dogmática, pois a metodologia adotada passará pelos seguintes estágios: pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias e legais acerca do instituto das condições de casamento dos maiores de setenta anos.

Uma pesquisa minuciosa sobre o tema se faz necessária considerando suas controvérsias, entre Direito, moral e ética. Assim, a pesquisa tem natureza transdisciplinar já que trata de questões que envolvem o Direito Civil e Constitucional.

Ao longo das pesquisas a opinião de vários doutrinadores será abordada para uma melhor conceituação e elucidação do tema. Bem como, o posicionamento dos Tribunais Pátrios através de suas jurisprudências para averiguar o posicionamento

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.2007, p.416/417

sobre a imposição do regime da separação bens aos maiores de setenta anos que pretendem se casar.

A monografia será dividida em quatro capítulos distintos: no primeiro capítulo, as considerações sobre a formação das famílias serão demonstradas, explicitando sobre as entidades familiares que podem constituí-la. O segundo capítulo, será dedicado ao regime de bens. O terceiro capítulo abordará o princípio constitucional da igualdade e a garantia da liberdade de escolha. Finalizando, no quarto e último capítulo, falaremos da imposição do regime da separação legal de bens aos maiores de setenta anos frente ao princípio constitucional da igualdade e a garantia da liberdade de escolha.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dentro de uma sociedade espera-se que todos os indivíduos que a compõem tenham o mesmo tratamento por parte do ordenamento jurídico. Indo de encontro a essa afirmativa a Constituição Federal garante a todos o direito à igualdade,

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, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.²

Para Marcelo Alexandrino o direito à igualdade busca viabilizar tratamentos diferenciados que contrarie, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que dele inúmeros outros decorrem diretamente, como a proibição ao racismo (art. 5º, XLII), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º, XXXI), a exigência de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (Art. 37, II), o princípio da isonomia tributária (Art. 150, II) etc.³

Quando se fala na garantia do direito à igualdade e seu exercício de forma plena, tem-se aí arraigada a ideia da liberdade, sobretudo, a liberdade de escolha do indivíduo em seus atos.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.7.

³ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.109.

José Afonso da Silva auxilia o nosso entendimento com a seguinte definição acerca de tal direito: “[...] é a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade [...]”⁴

Igualmente Marcelo Alexandrino:

A liberdade assegurada no caput do art. 5º deve ser tomada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de escolhas, de convicções, de expressão de pensamento, de reunião, de associação, etc.⁵

O conceito de casamento é importante nesse momento e, conforme Washington de Barros Monteiro, o casamento ser assim entendido: “[...] 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”.⁶

As considerações de Carlos Roberto Gonçalves sobre o regime da separação total de bens são pertinentes: “No regime da separação de bens cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los ou gravá-los de ônus livremente, sejam moveis ou imóveis.”⁷

Diante dos conceitos apresentados a compreensão acerca do tema proposto fica mais facilitada.

⁴ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. Ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p.240

⁵ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.108.

⁶ BARROS, Washington Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p. 36.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p.448.

CAPÍTULO I- ENTIDADES FAMILIARES

1.1 União estável

O artigo 226 da Constituição Federal deu às famílias total proteção estatal. Em seu parágrafo terceiro, trouxe grande inovação reconhecendo a união estável como entidade familiar.

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento⁸

Ressalta-se aqui a atitude do legislador constitucional ao resguardar aqueles que vivem como se casados fossem, sem, contudo, terem celebrado um contrato civil.

Para Washington de Barros Monteiro o instituto pode ser assim entendido: “União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros (Código Civil art 1723)”⁹

Nota-se que o dispositivo tem o intuito de regulamentar o instituto do casamento, ou, pelo menos, regulamentar a vida a dois. Contudo, anteriormente à norma constitucional existia a dúvida quanto à aplicabilidade das leis, dando ensejo ao surgimento de duas leis infraconstitucionais.

Num primeiro momento, a lei 8.971/94 buscou regulamentar a união estável trazendo inovações e garantindo aos companheiros o direito a alimentos, bem como os direitos sucessórios. A novidade da referida lei está na seguinte divisão da união estável: com prole e sem prole.

A relação do casal deveria ser reconhecida como união estável sem prole através dos requisitos: união entre homem e mulher, sendo os dois solteiros,

⁸ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.67.

⁹ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.46

separados judicialmente, divorciados ou viúvos, com uma relação contínua e duradoura por mais de cinco anos.

Então promulgada a Lei n.8.971, de 29 de dezembro de 1994, estabeleceu, em seu art. 1º, como requisitos da união estável o estado civil de solteiro, separado judicialmente, divorciado e viúvo e o prazo de cinco anos de duração ou a existência de prole.¹⁰

Nota-se que a existência de prole, tornava dispensável o lapso temporal de cinco anos exigidos.

Na união estável com prole, somente se dispensava a prova da convivência por mais de cinco anos, mas não, a todo evidente, as demais características da união estável, inclusive uma convivência duradoura, podendo, entretanto, ser por período menor de cinco anos.¹¹

A exigência dos critérios de durabilidade temporal de cinco anos ou mesmo a existência de prole entre o casal, para o reconhecimento da união estável, nos dá a entender que tais requisitos purificavam a relação.

Essa foi à primeira lei que trouxe em seu bojo, o reconhecimento de direitos sucessórios ao companheiro. Assegurou também ao companheiro sobrevivente o usufruto dos bens deixados pelo *de cujus*. Entretanto, tal garantia se dava no caso de “... inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como herdeiro legítimo.”

12

Objetivando adequar à legislação à realidade social vivida, veio a lume a Lei 9.278/96 tendo essa um campo maior de abrangência. Estabeleceu como características da união estável a diversidade de sexos, a qualificação dos conviventes, a coabitação, estabilidade, publicidade, fidelidade da relação, bem

¹⁰ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p.57.

¹¹ OLIVEIRA, Leoni Lopes JM. *Alimentos e sucessão no Casamento e na União Estável*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p.116.

¹² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.157

como a intenção dos companheiros em constituírem uma família e o *affectio societatis*.

Nesse ponto Caio Mario preleciona:

O art. 1º da Lei 9.278/96 identificou como entidade familiar “a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família” a questão básica era definir o que era “convivência Duradoura” já que o legislador se omitira quanto à fixação de um tempo mínimo para o reconhecimento dos direitos dela decorrentes. [...] há de existir uma duração, a sucessão de fatos e eventos, a permanência do relacionamento, a continuidade do envolvimento, a convivência *more uxorio* a notoriedade, enfim, a soma de fatores subjetivos e objetivos que, do ponto de vista jurídico, definem a situação.¹³

Mesmo com alterações feitas pela legislação ainda é preciso que os conviventes morem sob o mesmo teto, mantendo a vida como se casados fossem. É imprescindível que tenham o mesmo domicílio. A finalidade do casal em constituir uma família deve ser pública, ou seja, do conhecimento de todos, além da fidelidade recíproca.

Outro ponto modificado pela lei, no que tange ao instituto da união estável, foi a fixação da competência das Varas de Família para o julgamento dos litígios a ele inerentes.

O reconhecimento do direito real de habitação, com a presunção de que todos os bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável, a título oneroso, são considerados frutos do trabalho e colaboração comum.

Nesse sentido temos Maria Berenice Dias:

Gerou a presunção *juris et de jure* de que os bens adquiridos a título oneroso na Constancia da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder a partilha igualitária dos bens.¹⁴

¹³ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.577.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.157

Com a promulgação do Código Civil em 2002, a união estável ganhou mais força dentro do ordenamento jurídico, atingindo o status de entidade familiar seguindo os preceitos constitucionais.

Assim dispõe o artigo 1723 do Código Civil: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”¹⁵

Para se efetivar o reconhecimento da união estável é preciso cumprir algumas exigências impostas pelo ordenamento jurídico, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura, ainda preservando a intenção de constituir uma família. Dessa forma, está reconhecida a união estável na atualidade.

A união estável não deve ser confundida com namoros duradouros conforme expressa Fábio Ulhoa Coelho:

A união estável não se confunde com o namoro. Enquanto na primeira é indispensável a vontade comum de fundar família (relação horizontal), no último, esse elemento anímico não está presente. Os namorados ainda não têm claramente definida a vontade de constituir família ou têm claramente a de não a constituir; estão se conhecendo melhor ou simplesmente se divertindo. Se homem e mulher namoram a muitos anos, viajam juntos sempre que pode, freqüentam os eventos sociais das respectivas famílias, devotam mútua exclusividade sexual e chegam até mesmo a viver sob o mesmo teto sob algum tempo, não se configura a união estável quando inexistente a intenção de constituir família.¹⁶

É imprescindível que as características da durabilidade e da continuidade do vínculo se façam presentes, muito embora a lei não faça qualquer exigência sobre o decurso do lapso temporal, para a configuração do instituto.

Desse modo, tem-se como principal objetivo a constituição da família e da vida em comum com todos os critérios subjetivos de uma união, todos devem se fazer presentes. A assistência mútua durante a vida em comum vem corroborar com tais assertivas.

O parágrafo 1º do artigo 1723 do Código Civil afirma que caso ocorram os impedimentos do artigo 1521 do Código Civil, a união estável não será reconhecida. Dessa maneira, nas mesmas hipóteses que proíbem o casamento, se proíbe a união

¹⁵ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.296.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.138.

estável. “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.¹⁷

Através da leitura do dispositivo citado é possível perceber que o legislador fez uma ressalva para o reconhecimento da união estável nos casos de pessoas casadas estarem separadas de fato ou judicialmente

Confirmando esse entendimento Caio Mario aduz o que segue:

Admitiu o legislador a caracterização da união estável no caso de pessoa casada e separada de fato, ao declarar, no §1º do art. 1723, que “ a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato”, ou seja, na hipótese de se comprovar que a pessoa vive um relacionamento consolidado com o novo companheiro, após separação de fato, mesmo que não tenha sido desfeita a sociedade conjugal, ou mesmo, o vínculo pelo divórcio ou anulação do casamento, ou, ainda, pela morte do cônjuge.¹⁸

Assim sendo, se um dos companheiros não se enquadrarem às condições do artigo 1723, nem à ressalva do parágrafo 1º a união será considerada concubinato.

Esta é a determinação que reconhece como concubinato tais relações, contida no artigo 1727 do Código Civil: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”¹⁹

Para Washington de Barros Monteiro “concubinato é a relação entre um homem e uma mulher impedidos de casar, desde que não estejam separados de fato, na exegese dos arts. 1723§1º e 1727 do Código Civil”.²⁰

Referente às relações patrimoniais, aplica-se aos companheiros constituintes da união estável as mesmas regras atribuídas ao casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, nos termos do artigo 1725 do Código Civil. “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”²¹

¹⁷ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.296.

¹⁸ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.581.

¹⁹ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.297.

²⁰ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.59.

²¹ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.297.

Ademais, existe a possibilidade de um pacto antenupcial na união estável. Nesta, o instituto receberá o nome de contrato de convivência, onde os conviventes irão estipular aquilo que lhes convierem.

O bem adquirido durante a convivência pertence aos dois, pois o companheiro é equiparado ao cônjuge. Uma vez obtido por um, transforma-se em propriedade comum, e em caso de dissolução do vínculo deverá ser partilhado por ambos.

Esse tem sido o entendimento dos Tribunais Pátrios, conforme se observa na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a seguir:

DIREITO DE FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - RECONHECIMENTO - DISSOLUÇÃO - AQUISIÇÃO DE BEM NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO - PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM - PARTILHA NO PERCENTUAL DE 50% PARA CADA UM DOS EX-CONVIVENTES - DÍVIDAS - PROVA DE QUE TENHAM SIDO CONTRAÍDAS EM BENEFÍCIO DO CASAL - INEXISTÊNCIA - NÃO COMUNICAÇÃO - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1 - Nos casos em que haja comprovação de aquisição de bens na constância do relacionamento, a participação de ambos os conviventes é presumida, cabendo a cada um, no caso de dissolução do vínculo, o percentual de 50% (cinquenta por cento) do bem, ressalvada estipulação em sentido contrário, mediante contrato. 2 - Não comprovando a autora o momento em que um dos bens tenha sido adquirido, conforme disposição do art. 333, I, do CPC, a partilha é descabida. 3 - As dívidas contraídas por um dos conviventes só alcançam o outro quando houver comprovação de que foram revertidas em proveito do casal.²²

Desde que as Leis nº 8.971/92 e 9.278/96 passaram a vigorar foi atribuído o direito sucessório ao companheiro sobrevivente. O Código Civil apenas confirmou esses direitos em seu artigo 1790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Relator: Des.(a) SANDRA FONSECA. Data da Publicação: 22/01/2010. . Acesso em 15 setembro de 2011.

- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.²³

A obrigação alimentar determinada aos cônjuges foi igualmente estendida aos companheiros, sendo imprescindível a conjugação do binômio da possibilidade *versus* necessidade. Portanto, existindo a possibilidade do alimentante em conceder os alimentos e a necessidade do alimentando em obtê-la os alimentos serão devidos.

O dever de alimentar deriva da própria união estável e não do parentesco. Isso é perfeitamente fácil de entender, pois se a prestação é devida entre cônjuges que não são parentes. O mesmo raciocínio deve-se ter para os conviventes.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo conforme se observa na jurisprudência que se segue:

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) [...]²⁴

Continuando

[...] - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais,

²³ CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008. p.300.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287. Acesso em 15 setembro de 2011.

relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República [...]²⁵

O reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável vem atender a um antigo anseio social e, como o próprio ministro Celso de Mello disse ao proferir sua decisão, tal ato vem atender os ditames constitucionais, bem como auxiliar para que se tenha a segurança jurídica esperada nesse sentido.

1.3 Casamento

Como vimos anteriormente, a família é o núcleo, a base fundamental do Estado. Se a família está fortalecida o Estado caminha na mesma direção.

O casamento é estimado como a melhor forma de garantir a criação adequada dos filhos. Ele proporciona intimidade, amizade, afeto, realização sexual, companheirismo e conveniência para o desenvolvimento emocional.

Os efeitos jurídicos do casamento podem ser entendidos como as implicações que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, originando direito e deveres próprios e recíprocos disciplinados por normas jurídicas. Igualmente, produzem efeitos de ordem social que ultrapassam a concepção da família legítima, avaliada como o primeiro e principal efeito matrimonial, sendo assim, pode-se dizer que o casamento ocasiona à emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o inteiramente capaz, como se houvesse atingido a maioridade.

Concernente aos efeitos pessoais, com o ato do casamento passam a existir para os cônjuges situações jurídicas que cominam direitos e deveres recíprocos,

²⁵ Ibidem. Acesso em 15 setembro de 2011.

reclamados pela ordem pública e pelo interesse social, que ultrapassam a questão pecuniária tais como: fidelidade recíproca e a mútua assistência.

Para Washington Monteiro de Barros, as finalidades do casamento não estão reguladas em lei, visto que são de caráter íntimo e pessoal.

Se indagarmos sobre os fins que impelem duas pessoas ao casamento e as norteiam na vida conjugal, verificaremos, então, que homem e mulher buscam encontrar o bem comum, que é a felicidade. Para que essa finalidade seja alcançada é preciso superar as limitações e deficiências que todos os seres humanos possuem, em maior ou menor grau. Sendo as pessoas originalmente limitadas e querendo superar suas deficiências, encontram em seu par amoroso o campo fértil para tanto, por meio de conduta de aperfeiçoamento constante, com apoio e auxílio aos mútuos.²⁶

O dever moral e jurídico de fidelidade recíproca deriva do caráter monogâmico do casamento e dos interesses elevados da sociedade, visto que estabelece um dos fundamentos da vida conjugal e da família legítima.

O dever de mútua assistência se abarca aos cuidados pessoais que se darão durante o casamento e que irá de encontro ao bem estar dos dois.

Fazer a análise de tais efeitos são de suma importância dentro do contexto, visto que, através delas tem-se disciplinados os efeitos jurídicos do casamento, os quais devem estar em consonância com os objetivos que levam duas pessoas a se casarem, orientando-os na vida em comum.

Ademais, se a principal finalidade do casamento é instituir que o casal tenha comunhão plena de vida, baseada nos sentimentos recíprocos, não existindo qualquer diferença entre os dois, deve-se buscar a vida a dois, baseada não apenas no aspecto jurídico, mas também no afeto.

Nesse intento Carlos Roberto Gonçalves preleciona:

Sem dúvida a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida, como prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres do cônjuge e na mútua assistência.²⁷

²⁶ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.23.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

De acordo com César Fiúza “O casamento possui características próprias o casamento é ato formal, plurilateral, *intuitu personae*, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente.”²⁸

No que diz respeito à natureza jurídica do casamento vê-se que existe divergência doutrinária. Existem três correntes, quais sejam: a contratualista, a institucionalista e a mista.

Em conformidade com a concepção contratualista, o casamento civil deve ser considerado como um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam da vontade das partes. “Para essa corrente, o matrimônio é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores”.²⁹

Assim sendo, o casamento é um contrato, satisfaz à vontade dos contratantes, desde que essa pretensão não seja desfavorável à lei.

Silvio Rodrigues expressa que:

[...] absorvendo a natureza jurídica de contrato, o casamento pode ser dissolvido pelos contratantes por mero distrato, o que afasta a intenção do legislador em manter o matrimônio como uma instituição que gera efeitos independentemente da vontade dos cônjuges [...] o casamento trata-se de instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei [...].³⁰

Sob os aspectos da corrente institucionalista o casamento é exclusivamente uma instituição civil realizada entre duas pessoas. Washington de Barros Monteiro assevera: “Por outro lado, a concepção institucionalista vê o casamento como uma grande instituição social, que nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas formas e seus efeitos”.³¹

Na mesma linha de pensamento Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

²⁸ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p.798

²⁹ DINIZ, Maria Helena. . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 .p.43

³⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 20

³¹ BARROS, Washington Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.23.

Para essa corrente o casamento é uma instituição social no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador [...] o casamento constitui assim, uma grande instituição social que, de fato, nasce da vontade dos contratantes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos [...] ³²

Como um terceiro ponto, objetivando buscar o balanceamento entre as duas outras corrente mencionadas, tem-se a teoria mista, que considera o casamento como uma instituição civil e um contrato ao mesmo tempo. Portanto, “enquanto celebração, é contrato; enquanto vida comum, é instituição social”³³.

Logo, tem-se o casamento como ato gerador de uma situação jurídica contratual, no entanto como um complexo de normas que governam os cônjuges durante a vida conjugal predomina o caráter institucional.

O legislador civil, dispôs no artigo 1566 do Código Civil os deveres dos cônjuges durante a existência do casamento, demonstrando a clara intenção de proteção das famílias.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos. ³⁴

Da análise do artigo em comento é possível confirmar a intenção do legislador na manutenção das famílias, fazendo com que a legislação fosse taxativa nesse sentido.

Importante salientar que a Constituição da República em seu artigo 226, §5º garantiu a isonomia entre homens e mulheres durante a vida conjugal. “Os direitos e

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

³³ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p. 799

³⁴ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.284

deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”³⁵

Para Alexandre de Moraes

A partir da fixação do conceito de entidade familiar, a Constituição estabeleceu algumas regras de regência das relações familiares: • cabeça do casal: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;³⁶

Assim sendo, o casamento é a forma mais usual de constituir uma família dentro da sociedade e, assim como a união estável, as relações são alicerçadas no afeto e respeito mútuos.

Importante ressaltar ainda, que recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Todavia, a regra não se aplica aos casamentos. Assim não existe em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de realização de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.15.

³⁶ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.282.

CAPÍTULO II – REGIME DE BENS

Quando se fala em regime de bens, retrata-se um conjunto de normas que regulam o interesse do casal na esfera patrimonial. Tem-se por regra, que o regime de bens se desenvolve livremente, considerando ser o regime legal o da comunhão parcial de bens. Assim, se os nubentes não se manifestarem esse será o adotado.

Diversos são os tipos de regime no qual nosso ordenamento jurídico expressa, sendo facultado aos noivos, salvo nos casos excepcionais, exercer a escolha por meio do pacto antinupcial e deve ser feita de forma expressa.

Até a edição da Lei do Divórcio, em 1977, o regime legal era o da comunhão universal de bens, também chamado de mancomunhão, “... propriedade a duas mãos, que gera o condomínio de todos os bens, de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio à época da sua aquisição”.³⁷

Conforme mencionado, em alguns casos específicos a lei impõe o regime de bens a ser adotado no ato do casamento, retirando essa prerrogativa dos nubentes, como ocorre com os maiores de setenta anos, que por imposição legal devem se casar com separação total de bens.

Dentro do que preceitua o artigo 1511 do Código Civil, o casamento estabelece plena comunhão de vida. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”³⁸

Cabe aos dois a responsabilidade pela subsistência da família, pela criação dos filhos e a manutenção do lar como um todo. A escolha do regime de casamento não pode e nem deve interferir nesse aspecto.

Importante ressaltar a possibilidade de reverter o regime de bens. Com isso, afirma-se que os cônjuges são livres para alterarem o regime de bens desde que atendidos os requisitos explicitados em lei.

Sobre a mutabilidade do regime de bens as considerações de Washington Monteiro de Barros, são importantes, especialmente aquelas que retratam a proteção dos cônjuges e de terceiros nesse momento:

³⁷ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.199.

³⁸ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.284

O Código Civil de 2002 introduziu o princípio da mutabilidade do regime de bens em seu art. 1639§2º. Desse modo, na nova norma sobre a mutabilidade do regime de bens no curso do casamento, a proteção aos cônjuges é assegurada, em razão da necessidade de pedido conjunto e motivado ao juiz competente, e a proteção de terceiros de ser ressalvada na decisão judicial com todas cautelas.³⁹

A seguir, discorreremos sobre os tipos de regime de bens disponíveis em nosso ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Comunhão Universal de Bens

O regime da comunhão universal de bens está pautado no fato de todos os bens do casal se comunicarem, sejam eles pertencentes ao ativo ou passivo, sejam eles anteriores ou posteriores ao casamento.

Nesse caso existe a pretensão que vai além da simples união de vidas, os noivos pretendem transformar o casamento em uma união de bens.

Na comunhão universal, a regra geral é a da comunicação de todos os bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento. Há uma margem mínima de incomunicabilidade, isto é, alguns bens que não se comunicam de nenhum modo para a proteção dos interesses individuais dos cônjuges.⁴⁰

Nesse tipo de regime, cada um se torna titular da propriedade e tem a posse da metade ideal de todo o patrimônio. “Cada cônjuge torna-se meeiro de todo acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento”.⁴¹

³⁹ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.255.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.86.

⁴¹ VENOSA, Sílvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 6 ed. São Paulo. Atlas. 2004. p.193.

As exceções sobre a incomunicabilidade dos bens nesse tipo de regime estão dispostas no artigo 1668 do Código Civil, que assim expressa:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- 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 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. 1.659.⁴²

Em comentário ao dispositivo citado, Fábio Ulhoa Coelho fala sobre a necessidade de preservação de um patrimônio mínimo para cada cônjuge, o que justifica essa ressalva de incomunicabilidade.

Como já assentado, sempre preserva a lei uma margem mínima de incomunicabilidade de bens, em atenção a proteção dos cônjuges, que normalmente estão embriagados pro espírito de desprendimento deles exigidos às vésperas do matrimônio e não têm, por isso, plena isenção para tratar assuntos patrimoniais com racionalidade.⁴³

Frise-se que, com a dissolução do vínculo conjugal, a responsabilidade de cada um para com os credores do outro é cessada. Nesse sentido deve ser interpretado o artigo 1671 do Código Civil. Quando diz “extinta a comunhão”, significando o fim da comunhão de vidas. Não é necessária a partilha de bens para que cesse a responsabilidade patrimonial.

⁴² CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.287.

⁴³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.88.

2.2 Comunhão Parcial de Bens

Quando se fala no regime da comunhão parcial de bens, imediatamente, vem a nossa mente o regime adotado pela maioria dos brasileiros, visto ser esse o regime adotado de maneira automática pela lei, ou seja, diante da inexistência de um pacto antenupcial determinando a adoção de outro regime de bens, será esse que irá gerir o matrimônio.

Trata-se de um regime que carrega traços da comunhão universal e da separação de bens. Então, “trata-se de um regime misto, formado em parte pelo da comunhão universal e em parte pelo da separação de bens.”⁴⁴

Sua principal característica é a comunhão apenas do que foi adquirido durante o casamento. Maria Berenice Dias ponderou bem nesse aspecto: “Trata-se de um regime que atendeu a certa lógica e dispõe de um comportamento ético. O que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso: metade de cada um”.⁴⁵

Nota-se que esse regime procura evitar o locupletamento de qualquer dos cônjuges. O patrimônio pertencente a família é integrado pelos bens comuns, não integralizando os particulares e individuais.

Os bens que irão se comunicar, são aqueles adquiridos pelos dois, durante o período de convívio, presumindo a lei terem sido adquiridos por esforço comum do par. “Trata-se de regime de separação quanto ao passado e da comunhão quanto ao futuro”.⁴⁶

Dentro do que prescreve o artigo 1660 do Código Civil, todos os bens dos cônjuges se comunicarão, desde que incorporados ao patrimônio após o casamento. Os bens do marido e da mulher não se fundem.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por Título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

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

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

⁴⁴ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.284.

⁴⁵ ⁴⁵ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.218.

⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 178.

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.⁴⁷

Sobre a comunicação dos bens nesse regime de bens, Fábio Ulhôa prescreve:

Na comunhão parcial, a comunicação acontece basicamente com os bens adquiridos após o casamento (CC art. 1658). Mesmo que tenha sido registrado no nome de um só dos cônjuges, aos dois pertence o bem se a título de aquisição é de data posterior à do matrimônio (art 1660 I). Também é dos dois o bem adquirido por fato eventual, como o prêmio de loteria, mesmo que a posta tenha sido feita por um deles somente antes de se casar (art. 1660, II).⁴⁸

Entretanto, existem os bens que são excluídos dessa comunhão. O artigo 1659 do Código Civil, expressa quais são esses bens:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - 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;
II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes 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.⁴⁹

A razão de ser dessa exclusão, igualmente como ocorre na comunhão universal de bens, é a preservação do patrimônio pessoal de cada cônjuge.

No que concerne ao passivo, cada um responde por seus próprios débitos, desde que tenham sido contraídos antes do casamento. “Ao passivo, é necessário

⁴⁷ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.287.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.91.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.287.

considerar duas circunstâncias: a época que a dívida foi contraída e sua causa ou finalidade”.⁵⁰

Diante disso, pode-se afirmar que as dívidas contraídas durante o casamento são presumidas em favor da família, então os bens particulares do administrador não respondem por elas.

2.3 Separação de Bens.

O regime da separação de bens encontra-se regulamentado nos artigos 1687 e 1688 do Código Civil, *in verbis*:

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.

Art. 1.688. 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.⁵¹

A existência de um pacto antenupcial é uma das características marcantes desse tipo de regime de bens. Através do pacto antenupcial, os nubentes podem optar pela incomunicabilidade total dos bens, tendo em vista a existência de dois acervos separados. Também pode ser considerada como principal característica do pacto antenupcial a absoluta diversidade da titularidade patrimonial.

Para Silvio de Sávio Venosa a principal característica do regime da separação total de bens é “a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”.⁵²

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 p.155.

⁵¹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.287.

⁵² VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 6 ed. São Paulo. Atlas. 2004. p.196.

Diferentemente do que ocorre no regime da comunhão universal de bens, a administração dos bens pertence exclusivamente ao cônjuge que possui o título: “ele pode independentemente de consulta ou anuência do outro consorte, explorá-los economicamente ou deixá-los sem produzir quaisquer frutos.”⁵³

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se afirmar que cada um tem a liberdade de alienar ou gravar de ônus real o seu patrimônio, pois o casamento não causa repercussão na esfera patrimonial dos cônjuges.

O domínio, a posse, a administração dos bens, bem como as responsabilidades das dívidas contraídas é considerada de cada um.

Nesse ponto aduz Maria Berenice Dias, com o que se segue:

Para ações imobiliárias não é necessária a presença do consorte, não incidindo a exigência da lei processual (CPC 10§1º, I), como condição legitimante para estar em juízo. E isso, porque, de forma expressa, é reservado o regime da separação absoluta para (CC1647): I alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III prestar fiança ou aval; IV fazer doações, não sendo remuneratória de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação.⁵⁴

As dívidas ou empréstimos que são contraídos para comprar aquilo que se faz necessário à economia doméstica são de responsabilidade dos dois. Ambos devem concorrer para a manutenção da família, guardando a devida proporção com seus bens.

2.4 Separação Obrigatória de Bens.

O regime da separação obrigatória dos bens é considerado uma subespécie do regime de separação de bens. Nesse caso trata-se de uma imposição da lei e não de uma escolha dos cônjuges. A vontade não é respeitada.

Impõe a lei o regime da separação obrigatória de bens nos moldes do artigo 1641 do Código Civil, quais sejam: quando o casamento se realiza contra a

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.98.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.227.

recomendação do legislador, às pessoas maiores de setenta anos e todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para contraírem o matrimônio.

Em suma, o regime da separação obrigatória de bens é imposto por lei com finalidades diversas, a depender da hipótese retratada, tendo a finalidade protetiva a terceiros, em certos casos, como do viúvo que, sem fazer a partilha de bens de casamento anterior, tendo filhos, casa-se novamente, e, em outros casos, ao cônjuge, que está presente no casamento celebrado com suprimento judicial, bem como naquele realizado além do limite legal de idade.⁵⁵

Frise-se que a intenção precípua do legislador ao impor esse tipo de regime foi à proteção àqueles considerados, por ele, fragilizados.

2.5 Participação Final nos Aquestos

De acordo com as ideias anteriormente expostas, pressupõe-se a existência de um pacto antenupcial e “no pacto antenupcial, que adotar o regime da participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis do casal, desde que particulares.”⁵⁶

Dentro do que dispõe o artigo 1679 do Código Civil, “os bens que forem adquiridos por meio do trabalho dos cônjuges darão o direito a cotas iguais para cada.” No caso de bens adquiridos pelo trabalho em conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.⁵⁷

A determinação contida no artigo 1681 Código Civil diz que os bens imóveis pertencem ao cônjuge cujo nome constar na escritura pública. Entretanto, necessitam da anuência do outro para a sua alienação, salvo se no pacto antenupcial houver convencionado a livre disposição dos bens particulares.

⁵⁵ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p.291.

⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 6 ed. São Paulo. Atlas. 2004. p.198.

⁵⁷ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.288.

Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.

Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.⁵⁸

No que concerne aos bens móveis, adquiridos durante a vigência do casamento, esses devem ser presumido dos dois.

Para Fábio Ulhoa Coelho: “Os bens moveis presumem-se adquiridos durante a constância do casamento (art. 1674,§único CC) e o imóveis são, em princípio, da propriedade daquele em cujo nome estiver registrado (art 1681 CC)”⁵⁹

Como já visto o parágrafo único do artigo 1681 do Código Civil ressalva o dever de comprovação da titularidade do bem no caso de impugnação pelo outro cônjuge: “uma vez feita a impugnação, o ônus da prova do esforço comum não é do impugnante. A lei atribui ao cônjuge em cujo nome está registrado o imóvel o dever de provar tê-lo adquirido com recursos particulares.”⁶⁰

Quando findar o vínculo conjugal, apurados os deveres de cada um, esses serão compensados e não divididos.

Maria Berenice Dias nesse ponto expressa que:

Com a dissolução do casamento surge uma universalidade comunicável dos bens comuns e outras duas constituídas dos bens próprios de cada um dos consortes. Os bens comuns serão divididos. Apurados os haveres próprios de cada um, não serão alvo de divisão, mas de compensação.⁶¹

A data para que os aquestos sejam apurados no caso da dissolução do vínculo conjugal será aquela na qual a convivência foi interrompida. “a data da apuração dos aquestos é aquela em que cessou a convivência, como diz expressamente o artigo 1683 CC.”⁶²

⁵⁸Ibidem.. p.288.

⁵⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., ,atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.96.

⁶⁰Ibidem. p.96.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. Ver., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.225.

⁶² BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010. p.309.

Em caso de morte de um dos cônjuges, existindo bens, a meação é transmitida aos seus herdeiros, obedecendo a vocação hereditária.

Existindo alguma diferença de valores de bens próprios, a reposição será feita ao cônjuge não proprietário. Essa reposição deverá ser em dinheiro. Na ausência do numerário, mediante autorização judicial, serão alienados bens no montante da reposição.

É necessário que seja subtraído desse montante os valores que foram doados sem autorização, e as alienações que porventura se deram em prejuízo da meação.

Frise-se que, sendo alguns bens impossíveis de dividirem, a meação fica impraticável ou mesmo desaconselhável tendo em vista a diminuição do valor do bem caso ela ocorra. Nesses eventos deverá ser feita a reposição em dinheiro ao cônjuge proprietário.

É imprescindível, no momento da apuração de valores líquidos a realização de um balanço contábil e financeiro. É preciso que sejam incorporados ao montante os valores dos bens alienados, tendo assim a possibilidade de compensarem-se os débitos que tenham sido solvidos pelo outro, nos moldes do artigo 1678 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 da dissolução, à meação do outro cônjuge.”⁶³

Em se tratando de dívidas adquiridas durante a convivência conjugal, é importante averiguar se serviram ou não à sociedade nupcial. Cada um deve responder por suas dívidas, ressalvadas se foi contraído pra beneficiar o outro.

⁶³ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.288.

CAPÍTULO III- A TUTELA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E DA LIBERDADE DE ESCOLHA

3.1 O princípio constitucional da igualdade

Quando se fala em igualdade entre os seres pensa-se de imediato em um tratamento igualitário entre homens e mulheres.

Dentro do que se espera da união entre os seres na formação das famílias, espera-se que essa igualdade seja considerada. Com a nova concepção do casamento o afeto torna-se o principal constituinte da relação, a base do relacionamento.

O direito à igualdade está esculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República que assim estabelece:

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, nos termos seguintes:⁶⁴

Toda e qualquer tipo de atitude discriminativa é repelida pelo ordenamento jurídico, dentro dos preceitos constitucionais de igualdade. Porém, deve-se buscar não somente a igualdade formal capitulada pelo artigo, mas, sobretudo a igualdade material.

Nesse ponto Pedro Lenza prelaçiona:

O art. 5º, *caput*, consagra serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade forma, (Consagrada no liberalismo clássico) mas principalmente a

⁶⁴ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.7.

igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.⁶⁵

A igualdade garantida pelo artigo 5º é chamada de igualdade formal, ou seja, é aquela que é voltada para todos os indivíduos da sociedade sem considerar as desigualdades existentes.

No entanto, devem ser consideradas as desigualdades existentes indo de encontro ao preconizado pela igualdade material. É possível a existência de normas que estabeleçam tratamento diferenciado, mas não poderão ser baseadas sem que se considere a razoabilidade da norma.

Nesse ponto Marcelo Alexandrino aduz o que se segue:

O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoa que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras. O que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.⁶⁶

Assim sendo, quando se fala em igualdade material verifica-se que a razoabilidade deve ser o norte para sua aplicação e aceitação.

3.1.1 O Estatuto do Idoso e a proibição de discriminação.

O artigo 4º da Lei 10.741/03 proíbe toda e qualquer discriminação ao idoso: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência,

⁶⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.595.

⁶⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.47.

crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”⁶⁷

Essa proibição está diretamente relacionada à preservação da igualdade material, consagrada na Constituição da República.

Ter mais de sessenta anos não é justificativa para qualquer tipo de discriminação.

Roberta Papen da Silva nesse sentido expressa que:

Sinala-se que a idade não é critério de discriminação, muito menos condição para atuação dos atos da vida, pois não torna um ser humano menos cidadão que o outro. Contudo, apesar de ser dos menos precisos, o critério cronológico é um dos mais utilizados para estabelecer o que é ser idoso, até para delimitar a população de um determinado estudo, ou para análise epidemiológica, ou com propósitos administrativos e legais voltados para desenho de políticas públicas e para o planejamento ou oferta de serviços. A experiência galgada pela vivência não se aprende e sim, se conquista. Desta forma, assegurar a dignidade aos idosos é fundamental para que seja alcançado o fim social almejado, qual seja, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.⁶⁸

Denota-se então que a função precípua do Estatuto é funcionar como uma carta de direitos, dando forças ao Poder Público para que se alcance um melhor tratamento das pessoas da chamada melhor idade, com respeito a sua dignidade, buscando dar a eles a posição de cidadão efetivo na sociedade através de uma participação ativa.

Nesse sentido, a proibição trazida pelo Estatuto do Idoso é contra todo e qualquer tipo de discriminação. Aplica-se também à proibição elencada no artigo 1641, II do Código Civil cujo caráter discriminatório é amplo.

⁶⁷ ESTATUTO DO IDOSO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.598.

⁶⁸ SILVA, Roberta Papen da. *Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades?*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7723>>. Acesso em 25 outubro 2011.

3.2 A liberdade de escolha

A Constituição da República, no caput do artigo 5º, consagra a todos o direito à liberdade. Não apenas a liberdade configurada como direito de ir e vir, mas a liberdade em sentido amplo, inclusive a liberdade de escolha.

Assim sendo, “ a liberdade assegurada no caput do art. 5º, deve ser buscada em sua mais ampla acepção. Compreende não só a liberdade física, de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicção, de expressão, de escolhas.”⁶⁹

Não há que se falar em igualdade sem a possibilidade de exercer suas vontades. A liberdade de escolha faz parte do direito de igualdade.

Desse modo a liberdade e igualdade encontram-se correlacionadas, trata-se de princípios fundamentais que visam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, “[...] inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”⁷⁰

Salienta-se que a liberdade de escolha deve ter como parâmetro os ditames legais, visto que não cabe ao homem viver à margem da lei.

A liberdade de escolha foi uma conquista do indivíduo com a evolução da sociedade, sempre atrelado ao respeito a sua dignidade. O exercício da liberdade de escolha ser feito dentro de sua totalidade, de forma ampla.

Desse modo, é função do ordenamento jurídico brasileiro assegurar o direito a liberdade de um modo geral incluindo nesse contexto a liberdade de escolha daquilo que melhor lhe aprouver. Obviamente, ressalta-se que tal segurança deve estar limitada ao bem estar social de todos.

⁶⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

⁷⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.61..

CAPÍTULO IV TUTELA JURÍDICA DO CASAMENTO DOS MAIORES DE SETENTA ANOS

4.1 A imposição do regime de separação obrigatória de bens

Quando o casal escolhe viver conjuntamente, regularizando essa situação pelo casamento, pretende fazer com que a vida em comum seja vivida baseada em conceitos como a igualdade, o respeito e o afeto.

Para Alexandre de Moraes as relações matrimoniais devem ser pautadas na igualdade entre os seres, desde que o façam dentro dos ditames legais que considerarem adequados pra si, visto que a liberdade e igualdade encontram-se correlacionadas. Trata-se de princípios fundamentais que visam garantir o respeito da dignidade da pessoa humana.⁷¹

Compete ao ordenamento jurídico brasileiro assegurar o direito à liberdade de um modo geral, incluindo nesse contexto a liberdade de escolha daquilo que melhor lhe aprouver. Obviamente, ressaltando que tal segurança deve estar limitada ao bem estar social de todos.

O artigo 1641, II, como já visto impõe o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, como forma de preservar o patrimônio existente.

Não há qualquer justificativa para a existência dessa norma, visto que a sociedade moderna não tem o patrimônio como alicerce para a formação das uniões.

É possível verificar a clara existência de afronta ao direito à liberdade ora demonstrado.

Para Washington Monteiro de Barros trata-se de uma violação ao princípio constitucional:

Quanto a aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam com mais de setenta anos de idade, do regime da separação obrigatória de bens é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em

⁷¹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.177.

vários incisos do seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico.⁷²

Quando se tem a vontade limitada, considerando a idade como fato preponderante, é inegável reconhecer a discriminação existente.

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade é inconstitucional, além de odiosa. Em face do direito de igualdade e à liberdade de escolha, ninguém pode ser discriminado em função de seu sexo e de sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.⁷³

Como liberdade e igualdade caminham juntas, é possível dizer que elas fazem parte do preconizado pela Dignidade Humana, sendo um dos pilares da formação do nosso Estado Democrático de Direito.

Confirmado esse entendimento e considerando o dispositivo inconstitucional, Fabio Ulhoa preleciona:

Mas é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento nessa idade, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana.⁷⁴

Igualmente, Cesar Fiúza expressa a inconstitucionalidade do dispositivo em questão: “A constitucionalidade do regime de separação legal imposto aos maiores

⁷² BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p. 292.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. ev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 811.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

de 60 anos, hoje 70, vem sendo discutida. De fato não parece de bom senso a exigência, que representa *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos.⁷⁵

Tratar os maiores de setenta anos como pessoas que não são capazes de dominar o seu querer considerando-os incapazes, não condiz com a realidade vivenciada, visto que atualmente são ativos dentro da sociedade.

Nesse ponto novamente as considerações de Cesar Fiúza são importantes e auxiliam nosso entendimento:

A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é , de fato ainda um jovem. A mais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando seja velho, ou seja, novo. Se tem consciência o fato é válido. É ilegítima ao meu ver, essa intervenção imbecilmente do legislador na esfera privada.⁷⁶

Não existe qualquer comprovação que o maior de setenta anos seja uma pessoa senil. O avanço da idade não pode ser fator preponderante para diferenciá-lo dos demais.

Como demonstrado no tópico 1.1 do presente estudo, a Constituição da República reconhece a união estável como uma das formas de constituir família em nosso ordenamento jurídico. Mesmo com essa equiparação a lei foi totalmente silente quanto à existência de restrições para aqueles com mais de setenta anos que vivem em união estável.

O fato é que o regime de bens utilizado para reger a união estável é o da comunhão parcial de bens, isto é, serão divididos todos os bens adquiridos de forma onerosa pelos conviventes na constância da união estável quando esses se comunicarem.

Portanto, quando uma pessoa maior de setenta anos pretender a comunicação dos bens bastará constituir família através da união estável.

⁷⁵ FIUZA, César. *Direito Civil- Curso Completo-* volume único. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p.1047.

⁷⁶ *Ibidem.* p.1047.

4.2 A realização do controle de constitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil

Como já visto anteriormente, o direito à igualdade se desdobra em igualdade formal e material. Nesse intento, é possível afirmar que o artigo 1641, II do código Civil reveste-se de inconstitucionalidade material estando sujeito ao controle de constitucionalidade de leis.

O objetivo do controle de constitucionalidade de leis é adequar à norma infraconstitucional, aos mandamentos constitucionais. Ou seja, é feita a análise da norma a fim de comprovar se a mesma está ou não adequada ao que foi determinado pelo legislador constituinte.

Definindo o controle de constitucionalidade de leis, Alexandre de Moraes aduz que: “Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”⁷⁷

Considerando o fato da constituição ser a lei suprema do nosso país, é inconcebível qualquer outra norma que não vá de encontro com seus mandamentos.

Fala-se em inconstitucionalidade material pois a norma infringida tem esse caráter, ou seja, a imposição do regime de separação de bens afronta o contido na igualdade material.

A inconstitucionalidade material na visão de Marcelo Alexandrino pode ser assim entendida:

A inconstitucionalidade material ocorre, portanto, quando o conteúdo da lei contraria a Constituição. O processo legislativo, (procedimento constitucionalmente exigido para a elaboração da lei) pode ter sido fielmente obedecido, mas a matéria tratada é incompatível com a Carta Política.⁷⁸

⁷⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.577.

⁷⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.310.

A inconstitucionalidade material ocorre quando há desrespeito à Constituição da República e, como visto, não basta apenas o atendimento às formalidades legais para sua elaboração, o seu conteúdo também deve estar adequado aos parâmetros constitucionais.

O controle material de constitucionalidade é usado para que o órgão possa adequar a sua competência, e uma lei ou ato administrativo obedeça a forma prescrita por lei.

O controle de constitucionalidade de leis é exercido por diferentes órgãos, sendo que o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis é exercido por um órgão do Poder Judiciário, tanto pelo controle concentrado, realizado por um único órgão, quanto pelo controle difuso, feito por qualquer juiz ou tribunal.

Nesse caso o judiciário é provocado para que possa reconhecer a inconstitucionalidade da norma diante da apresentação de um caso concreto.

Por meio do controle difuso todos os componentes do Poder Judiciário, observadas as regras de competência, podem realizar o controle de constitucionalidade. A parte interessada ingressa com a ação com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade da norma em xeque.

Desse modo, qualquer juízo ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade da lei no caso concreto em que é provocado.

Novamente, Marcelo Alexandrino auxilia nosso entendimento quanto ao controle difuso de constitucionalidade:

Em suma, quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas, (mandado de segurança, Ação popular, Habeas Corpus, ação ordinária, etc) estamos diante de um controle difuso.⁷⁹

O controle concentrado de constitucionalidade de leis tem esse nome por se concentrar em um único Tribunal, o Supremo Tribunal Federal.

Essa nomenclatura é dada considerando o fato do controle ser exercido por um único Tribunal, qual seja: o Supremo Tribunal Federal:

⁷⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008. p.321.

Para Pedro Lenza, o controle concentrado de constitucionalidade pode ser assim entendido:

O controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de concentrar-se em um único tribunal. Pode ser verificado em cinco situações:

- 1- ADI(Ação Direta de Inconstitucionalidade) genérica- art. 102, I, "a";
- 2 ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) art 102, §1º;
- 3- ADO(ação direta de inconstitucionalidade por omissão) art. 103 §2º;
- 4 ADI Interventiva- art. 36, III (com modificações introduzidas pela EC nº45/2004)
- 5-ADC(ação declaratória de constitucionalidade) art 102, I, "a", e as alterações introduzidas pelas Ecs N.3/93 e 45/2004.⁸⁰

Através desse tipo de controle, procura-se alcançar a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo tendo em vista à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Os tribunais têm reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 1642, II do Código Civil e permitindo a aplicação do contido no regime da comunhão parcial de bens no momento da dissolução do vínculo conjugal, tendo por base o contido na Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe: "No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento" ⁸¹

As jurisprudências que se seguem têm na Súmula citada o norte decisório, como pode ser verificado a seguir

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEAÇÃO DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 258 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 259 DO CC/1916 E SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. No regime de separação legal, cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trazer para o casamento, bem como dos que

⁸⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.190.

⁸¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 377Disponível no site http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acessado em 26 out..2010

forem a ele sub-rogados. 2. Nos termos do art. 259 do CC/1916, ""prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento"", não obstante o matrimônio tenha sido realizado sob o regime de separação total de bens. 3. Consoante o disposto na Súmula nº 377 do excelso Supremo Tribunal Federal, os aqüestos adquiridos na constância do matrimônio se comunicam, independentemente de prova de serem fruto do esforço comum. 4. Dá-se provimento..⁸²

Nota-se que o reconhecimento do esforço comum para a divisão dos bens permanece como se houvesse sido contraído o matrimônio sob o regime da comunhão parcial de bens.

Ainda que o cônjuge maior de setenta anos tenha falecido a divisão dos bens deverá atender aos comando das Súmula citada:

APELAÇÃO CÍVEL - INVENTÁRIO E PARTILHA - UNIÃO ESTÁVEL - SEXAGENÁRIO - REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II DO CC/1916 - SÚMULA N. 377 DO STF - COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS DURANTE A UNIÃO, DESDE QUE DEMONSTRADO O ESFORÇO COMUM DO CASAL - ÚNICO IMÓVEL RESIDENCIAL A INVENTARIAR - DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA COMPANHEIRA SOBREVIVENTE - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O falecido, na época em que se iniciou a união estável, contava com mais de 60 anos de idade. Incidência da previsão do art. 258, parágrafo único, inciso II do Código Civil de 1916 (vigente à época do relacionamento do casal), que prevê a adoção obrigatória do regime da separação de bens. 2. Incomunicabilidade dos bens adquiridos durante o relacionamento, salvo se comprovado o esforço comum. Inteligência da Súmula n. 377 do STF. 3. Havendo um único imóvel residencial a inventariar, recai sobre ele o direito real de habitação da companheira sobrevivente. 4. Recurso não provido.⁸³

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que torna-se imprescindível a existência do efetivo controle de constitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil a fim de que a inconstitucionalidade material que o reveste seja sanada.

⁸² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0090.03.000664-8/001(1) Relator: Des.(a) CÉLIO CÉSAR PADUANI Data da Publicação: 16/05/2006. Acesso em 03 novembro de 2011.

⁸³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Número do processo: 1.0045.01.001291-7/001(1) Relator: Des.(a) ÁUREA BRASIL Data do Julgamento: 01/09/2011 Data da Publicação: 22/09/2011. Aceso em 03 novembro de 2001.

Não é possível admitir na sociedade atual tamanha discriminação aos maiores de setenta anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade de leis é a forma criada para que todo o ordenamento jurídico vá ao encontro do que a Constituição da República determina, visto ser ela a lei maior de todo nosso ordenamento jurídico e nessa linha de raciocínio as demais leis infraconstitucionais deverão estar abalizadas em seus ditames.

Servindo como diretrizes para a aplicação das normas, os princípios constitucionais também são revestidos de força normativa, obrigando as demais normas também atentarem às suas disposições.

E nesse sentido tem-se o direito de igualdade, garantido pela Constituição da República, seja a formal ou material é indispensável que suas diretrizes sejam obedecidas seja em qualquer que for a esfera de atuação das leis.

Decorrente do direito de igualdade, tem-se a liberdade de escolhas que também deve ser respeitada.

A família pode ser formada de diversas maneiras, como demonstrado ao longo do trabalho, sendo que a forma mais comum ainda é o casamento.

O código Civil traz as diretrizes de como o casamento deve ser realizado, explicitando todas as condições que deverão estar presentes para que o ato seja considerado válido.

Como o casamento cria não apenas uma comunhão de vidas, mas também uma convivência em âmbito patrimonial, é por meio dos regimes de bens que será explicitado como será realizada essa administração.

A principal diferença entre o regime da comunhão universal dos bens e comunhão parcial dos bens, está no fato de que no segundo serão partilhados apenas os bens adquiridos durante o casamento, enquanto no primeiro existe a comunhão plena, como estabelecido no pacto antinupcial.

A separação de bens também pressupõe a existência de um pacto antinupcial, que assim como no regime da participação final nos aquestos irá determinar como se dará a divisão dos bens quando findar o matrimônio.

O artigo 1641,II do Código Civil quando obriga o maior de setenta anos a se casar sob a tutela do regime da separação obrigatória de bens, retira-lhes a possibilidade de exercer suas escolhas.

Trata-se de uma imposição descabida, visto que nos dias atuais o afeto é quem norteia as uniões, não havendo, portanto, motivos para justificar a existência dessa proibição.

Considerá-los diferente dos demais devido à idade e dar esse tratamento diferenciado não condiz com a realidade que os idosos demonstram em nosso meio social, sendo pessoas ativas e atuantes como todas as demais.

A proibição de discriminação contra os idosos advém não apenas da Constituição da República, mas do Estatuto do Idoso, que veio proclamar o mandamento constitucional, fazendo com que os idosos tenham o respeito merecido por todos.

Nesse intento, é possível afirmar que a imposição do regime da separação legal de bens àqueles que pretende contrair matrimônio e possuem mais de setenta anos afronta ao princípio da igualdade material bem como o direito ao exercício da liberdade de escolhas.

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal como órgão guardião da Constituição da República realizar o controle de constitucionalidade do dispositivo em questão, permitindo que o maior de setenta anos casa-se sob o regime de bens que escolher para gerir sua vida marital.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. Vicente Paulo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 3ed., São Paulo: Método, 2008

BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 40 ed., São Paulo:Saraiva. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva,2008

CÓDIGO CIVIL . *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva.2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Obrigações, responsabilidade civil. 4.ed., ,atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

DINIZ, Maria Helena. . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000

ESTATUTO DO IDOSO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003.

_____. *Direito Civil- Curso Completo-* volume único. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Leoni Lopes JM. *Alimentos e sucessão no Casamento e na União Estável*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. Ver e atual. São Paulo: Malheiros,2001.

SLVA, Roberta Pappen da. *Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades?*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7723>>. Acesso em 25 outubro 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287. Acesso em 15 setembro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 377 Disponível no site http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. Acessado em 26 out..2010

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Relator: Des.(a) SANDRA FONSECA. Data da Publicação: 22/01/2010. . Acesso em 15 setembro de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Número do processo: 1.0090.03.000664-8/001(1) Relator: Des.(a) CÉLIO CÉSAR PADUANI Data da Publicação: 16/05/2006. Acesso em 03 novembro de 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS Número do processo: 1.0045.01.001291-7/001(1) Relator: Des.(a) ÁUREA BRASIL Data do Julgamento: 01/09/2011 Data da Publicação: 22/09/2011. Aceso em 03 novembro de 2001.

VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 6 ed. São Paulo. Atlas. 2004.