

ALDO CÉSAR COUTINHO

AS CONDIÇÕES DE CASAMENTO DOS SEXAGENÁRIOS

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/ MINAS GERAIS

2010

ALDO CÉSAR COUTINHO

AS CONDIÇÕES DE CASAMENTO DOS SEXAGENÁRIOS

Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Cláudio Boy Guimarães

FIC/CARATINGA

2010

Folha de aprovação

Dedicatória

Dedico este trabalho à todos aqueles que acreditaram em mim, e aqueles que também não acreditaram; Pois através deste trabalho provo à aqueles que não tiveram o dom de acreditar em mim que o meu Deus é o Deus do impossível !!! E a aqueles que acreditaram eu agradeço pela força e carinho.

Em especial dedico este meu trabalho ao meu Avô José Ribeiro Coutinho (inmemorian) que tanto quis ver seus netos em caminhos de Glorias e vitórias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Pai que acreditou em mim e à toda minha família. Agradeço imensamente a Deus que me deu paciência e sabedoria para que vencesse mais esta batalha, provando através de mim que ele é vivo.

Agradeço também à minha namorada pela paciência que teve em todo este período de faculdade comigo. E que me deu muita força para vencer esta nova batalha que abrirá caminhos maravilhosos para usufruirmos.

À minhas Irmãs Polly e Dede que tanto me incentivaram e insistiram para a minha conclusão neste curso.

Agradeço também aos meus amigos, e deixo claro para todos eles que só venci porque o Meu Deus é vivo, e a prova disto é esta minha vitória maravilhosa! Sou grato por confiarem em mim e estenderem suas mãos nas horas que mais precisei!

RESUMO

Como sabemos para a formação de uma família o que deve preponderar é o sentimento de afeto recíproco entre aqueles que pretende construí-la. Pensar na constituição de família nos moldes da sociedade passada, baseada em privilégios financeiros, com casamentos arranjados, foge a toda e qualquer expectativa da atualidade. Assim, cabe a pessoa a liberdade em escolher a forma e regime de casamento que lhe convier. A Constituição da República consagra a todos os cidadãos o direito a terem um tratamento igualitário pela lei bem como o direito fundamental à liberdade de escolha. Desse modo, surge o questionamento em torno da condição imposta pelo legislador civil, no artigo 1641, II do Código Civil aos maiores de sessenta anos que pretendem se casarem ser obrigados a o fazerem sob o regime da separação legal de bens. A condição imposta pelo legislador faz com que os mesmo sejam limitados em seu direito de escolha, já que tal ato é uma imposição legal e não uma faculdade. Outra questão a ser considerada está no tratamento desigual dado aos mesmos, ferindo o direito a igualdade. Assim, resta evidenciado que o dispositivo citado fere os princípios mencionados.

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I – CASAMENTO	13
1.1 Natureza jurídica	14
1.2 Capacidade	16
1.3 Impedimento	18
1.4 Causas suspensivas	21
CAPÍTULO II – REGIME DE BENS E A TUTELA CONSTITUCIONAL	23
2.1 Regime de bens	23
2.2 O princípio constitucional da igualdade	28
2.3 A liberdade de escolha	30
CAPÍTULO III TUTELA JURÍDICA DO CASAMENTO DOS SEXAGENÁRIOS	32
3.1 Condição de casamento dos maiores de sessenta anos	32
3.3 O Estatuto do Idoso e a proibição de discriminação	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A família é tida como o alicerce de formação de toda sociedade merecendo especial cuidado por parte de todo ordenamento jurídico. Muito embora a lei reconheça várias espécies de entidade familiar, ainda é através o casamento a principal forma de constituição das famílias.

Cabe aos nubentes escolherem o regime de bens que lhes aprouverem ao se casarem. Essa faculdade encontra respaldo no direito fundamental da liberdade de escolha que lhes é conferido, já que o casamento envolve muito mais que questões patrimoniais, incluindo nesse rol o afeto e respeito mútuo.

Os maiores de sessenta anos continuam ativos em nossa sociedade atual e retira-lhes o direito a liberdade de escolha do regime de casamento dá um tratamento desigual e sem qualquer fundamento.

O regime de bens deve ser escolhido pelo casal de forma a atender seus anseios, com a aquiescência de ambos e não uma imposição legal embasada em ideias arcaicas e ultrapassada, já que o afeto é o fundamento das uniões.

Eis que surge a problemática envolvendo o tema: As condições impostas pelo artigo 1641,II do Código Civil Brasileiro para a realização do casamento dos maiores de sessenta anos fere o princípio constitucional da igualdade e o direito fundamental da liberdade de escolha?

É preciso distinguir a igualdade decorrente de lei, conhecida por igualdade formal, daquele pretendida na realidade, igualdade material. Através dessa última, pretende-se um tratamento uniforme colocando em equivalência as desigualdades existentes.

O direito fundamental da liberdade e igualdade encontra-se correlacionadas entre si, trata-se de princípios fundamentais que visam garantir o respeito da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, O artigo 1641,II do código Civil reveste-se de inconstitucionalidade material restando sujeito ao controle de constitucionalidade de leis tendo em vista a lesão ao princípio da igualdade consagrado no artigo 5º *caput*, da Constituição da República, bem como o direito fundamental da liberdade de escolha, diante do tratamento discriminatório aos sexagenários, por meio da imposição do regime matrimonial da separação legal de bens.

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

Assim, retirar dos maiores de sessenta anos a possibilidade de escolher o regime de casamento que lhes aprouverem é declarar afronta clara ao princípios constitucional da igualdade e o direito fundamental da liberdade de escolha.

O objetivo principal dessa monografia está em demonstrar como tratamento diferenciado dado pelo legislador civil aos maiores de sessenta anos tem afrontado o princípio constitucional da igualdade e o direito fundamental da liberdade de escolha.

Ainda, Abordar o instituto do casamento de forma ampla, evidenciando sua natureza jurídica, além das causas impeditivas e suspensivas, bem como falar acerca da capacidade para o ato. Pretende-se também explicar acerca do regime de bens de forma a trazer à baila as questões importantes quanto a temática; o princípio da igualdade e o direito fundamental da liberdade de escolha, bem como as questões referente ao controle de constitucionalidade de leis e a tutela jurídica do casamento dos sexagenários.

A metodologia adotada passará pelos seguintes estágios: pesquisas jurisprudenciais, doutrinárias e legais acerca do instituto das condições de casamento dos sexagenários.

Uma pesquisa minuciosa sobre o tema se faz necessária considerando suas controvérsias, entre direito, moral e ética.

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

A monografia será dividida em três capítulos distintos: No primeiro capítulo as considerações sobre o casamento serão evidenciadas, falando de sua natureza jurídica, causas suspensivas e impeditivas e capacidade. Já no segundo capítulos o princípio constitucional da igualdade e a garantia da liberdade de escolha, bem como os regimes de casamento serão abordados. Por fim, no terceiro capítulos, falaremos da imposição do regime da separação legal de bens aos maiores de

sessenta anos frente ao princípio constitucional da igualdade e a garantia da liberdade de escolha.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O direito a um tratamento igualitário a todos os cidadãos é garantido pela Constituição da República em seu artigo 5º *caput* e inciso I, *in verbis*:

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.¹

Seu campo de abrangência é vasto. Em todos os âmbitos do ordenamento jurídico, temos a sua aplicabilidade e sua eficácia plena.

Corroborando com esse entendimento Alexandre de Moraes preleciona:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama².

Concernente ao direito fundamental da liberdade 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 [...]”³

É certo que a família é o alvo maior de toda proteção estatal, por ser considerada a base formadora de toda a sociedade, o casamento é a forma de se constituir família mais comum existente.

¹BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008.. p.7

² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.65

³ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. Ver e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p.240

O casamento na definição de Washington de Barros Monteiro é “[...] 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”.⁴

Já Caio Mário da Silva Pereira o define como “a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”.⁵

O regime de bens que vai gerir o casamento na constância da união. A determinação da separação obrigatória de bens encontra-se regulamentada no artigo 1641 do Código civil:

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 sessenta anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.⁶

As considerações de Diego Ronconi são pertinentes:

O legislador obriga tais pessoas a contraírem núpcias sob a égide deste regime, o que difere do regime da Separação de Bens Convencional, na qual os nubentes, isentos de qualquer dos impedimentos anteriormente mencionados, decidem sobre a comunicabilidade de seus bens e dívidas, anteriores e posteriores ao casamento.⁷

Em conformidade com o disposto no artigo 1º do Estatuto do Idoso considera-se idosa toda pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos.⁸

Diante do exposto, através da interpretação dos conceitos acima citados o entendimento sobre o tema proposto torna-se mais fácil.

⁴ BARROS, Washington Monteiro. Curso de Direito Civil. Direito de Família, v. 2, ed. 37 ed., São Paulo: Saraiva. 2004. p. 22

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v5., Rio de Janeiro: Forense. 2005. p.33

⁶ Ibidem. p.291

⁷ RONCONI, Diego Richard. *O regime da separação total (absoluta) de bens obrigatória na união estável*. Acesso em 22 jul. 2010.

⁸ ESTATUTO DO IDOSO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 21 de jul. 2010.

CAPÍTULO I – CASAMENTO

Diversas são as fontes emanadas pelo ambiente social para a concepção da personalidade humana. Incontestavelmente, a família é a mais respeitável de todas. É instituto no qual a pessoa humana descobre abrigo incondicional, fonte da sua própria felicidade.

Denota-se que a formação de famílias, de maneira especial àquela constituída pelo casamento, surgiu dentro de um contexto histórico em que os interesses do grupo justificavam os atos necessários à sobrevivência deste.

A formação de famílias na atualidade é baseada no afeto dessa feita a única condição para a sua composição não é jurídico e sim fático.

Nessa linha de intelecção, Gustavo Tepedino assevera sobre a principal preocupação atual concernente ao casamento está na pessoa humana:

[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.⁹

Nesse intento a lei reconhece outras espécies de constituição de família além do casamento, quais sejam, a união estável e a família monoparental.

Nessa esteira, observa-se que a entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica (casamento, união estável e família monoparental) para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto (*affectio familiae*). Em outras palavras, o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.¹⁰

Corroborando com esse entendimento Cristiano Chaves proclama que, “nos dias de hoje, predomina um modelo familiar eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.328.

¹⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 28 ago. 2010.

privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano".¹¹

O doutrinador César Fiúza explicita as características inerentes ao casamento: "O casamento possui características próprias o casamento é ato formal, plurilateral, *intuitu personae*, dissolúvel, realizado entre pessoas de sexo diferente."¹²

Ao constituir uma família, o homem e a mulher assumem um novo papel no contexto social. Os efeitos jurídicos do ente familiar vão muito além dos meros interesses individuais voltados a um projeto de vida a dois. Os direitos somam-se aos deveres recíprocos entre os cônjuges, sob expressa regulamentação legal.

1.1 Natureza jurídica

Tema de grande discussão doutrinária a natureza jurídica do casamento possui três correntes doutrinárias, a saber, a contratualista, a institucionalista e a mista.

A chamada teoria contratualista, tem origem canônica e avalia a aquiescência dos nubentes como componente de formação do vínculo jurídico matrimonial, a intervenção da autoridade celebrante ao plano secundário.

À relação matrimonial aplicam-se as regras de interpretação dos contratos, mas não as dos negócios de direito patrimonial sobre capacidade, vícios do consentimento e efeitos. O matrimônio civil tem, para o civilista, natureza contratual peculiar, formando-se pelo acordo livre e espontâneo de vontades, com relativa liberdade para reger os interesses mútuos e individuais, à face de um estatuto legal que "não elimina a base voluntarista do casamento", embora restrinja o seu conteúdo.¹³

Na concepção contratualista, o casamento civil um é 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

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves. *Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional*. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.p.54

¹² FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p.798

¹³ SAAD, Martha Solange S. A DISPUTA ENTRE AS TEORIAS QUE PRETENDEM EXPLICAR A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO. Disponível em http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/A_DISPUTA_ENTRE_TEORIAS__NATUREZA_JURIDICA_CASAMENTO-artigo-site-nov-2008.pdf. Acesso em 20 ago. 2010.

contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, que há de ser recíproco e manifesto por sinais exteriores”.¹⁴

Destarte considerando o casamento um contrato, ele 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 [...]¹⁵

Para a outra corrente chamada de institucionalista o casamento é apenas uma instituição civil realizada entre duas pessoas.

A teoria institucionalista analisa o casamento como um estado ou uma instituição social e jurídica.

Os adeptos dessa corrente se explicam através da necessária e direta intervenção da autoridade pública celebrante na criação do vínculo matrimonial, possuindo caráter constitutivo, e pela averiguação da impossibilidade de modificação dos efeitos do matrimônio pelos interessados.

Washington de Barros Monteiro assevera: logo, “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”.¹⁶

Na mesma linha de pensamento Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

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 [...]¹⁷

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 5. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2000 .p.43

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil* v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p. 20

¹⁶ BARROS, Washington Monteiro *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Saraiva. São Paulo. 2004.p.23

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009.p.25

A terceira e última corrente é adepta da teoria mista ou eclética, ou seja, o casamento é uma instituição civil e um contrato ao mesmo tempo. Logo, “enquanto celebração, é contrato; enquanto vida comum, é instituição social”¹⁸.

De igual forma Lisiane Urbanejo

Teoria Eclética dispõe que o casamento não é um ato simples, mas antes de tudo, trata-se de um ato complexo, que une os elementos contratuais da Teoria Clássica e os elementos institucionais da Teoria Institucionalista. Para os adeptos desta teoria, quando as partes manifestam a vontade de contrair casamento e o celebram, assim o fazem por meio de um contrato, contudo, quando o Estado outorga o status de casados às partes, surge então a instituição.¹⁹

Porquanto, o casamento como ato gerador de uma situação jurídica é um contrato, no entanto como um complexo de normas que governam os cônjuges durante a vida conjugal predomina o caráter institucional.

1.2 Capacidade

A capacidade para o casamento é também conhecida por capacidade nupcial é habilidade para casar, ou seja, é a autoridade atribuída pela lei a quem almeja casar. Não deve ser confundida com a capacidade civil, pois esta é plena quando se atinge os 18 anos de idade.

Com isso entende-se como incapacidade a falta de aptidão para contrair as núpcias. Logo, “A incapacidade estampa o conceito amplo de falta de aptidão para os atos da vida civil e inibe qualquer pessoa de casar, como o menor de 18 anos e a menor de 16, no sistema de 1916; e o menor de 16 em geral no atual Código.”²⁰

Tem-se na capacidade uma característica particular ou pessoal, desse modo, é intrínseca ao indivíduo considerado isoladamente.

¹⁸ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003. p. 799

¹⁹ URBANEJO, Lisiane *Natureza jurídica do casamento*. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/39191/1/Natureza-Juridica-do-Casamento/pagina1.html>. Acesso em 18 ago. 2010.

²⁰ BASTOS, Maria Aparecida. *Legitimação e Capacidade para o Casamento*. Disponível em http://www.ucg.br/site_docente/jur/maria_aparecida/pdf/impedimentos_suspensivas.pdf. Acesso em 18 ago. 2010.

São capacitados para se casarem os maiores de dezoito anos, os que tenham menos de dezoito anos e sejam emancipados civilmente.

Ainda, de acordo com o artigo 1517 do Código Civil os que tenham entre dezesseis e dezoito anos de idade e tenham a anuência de seus genitores para o ato. “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.”²¹

Nesse sentido novamente as considerações de César Fiuza são importantes

Até os 16 anos, a mulher e o homem não podem casar-se, como regra. Mas e entre essa idade e os 18 anos? Poderiam eles contrair núpcias? A resposta é afirmativa. Podem, desde que obtenham o consentimento dos pais ou do tutor. Sem este consentimento, serão considerados impedidos por incapacidade para consentir. Basta a autorização do pai ou da mãe, que exercem solidariamente o poder familiar. Se um consentir e o outro discordar, o caso poderá ser decidido judicialmente.²²

Para que os menores de dezesseis anos possam se casar é necessária autorização judicial para convalidar as núpcias nos termos do artigo 1520 do Código Civil. “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”²³

Nesses casos existem condições específicas para a realização do ato, a saber, em caso de gravidez e para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, nos casos dos crimes contra os costumes, em que o autor do crime pode, com o consentimento da vítima, casar-se com a mesma.

Alguns civilistas, dentre eles Maria Berenice Dias, se colocam pela derrogação do artigo. 1.520, considerando a impossibilidade de extinguir a punibilidade criminal por meio do casamento da vítima com o agente, em face da revogação do art. 107, inciso VII, do Código Penal.

Sem voltar ao passado, em que a sacralização do casamento e a preservação da família se sobrepujam ao interesse do Estado de punir a

²¹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.279

²² FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003.. p.804

²³ BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.279

prática de um crime, em boa hora foi afastada a possibilidade de transformar a mulher em excludente da criminalidade. As duas hipóteses previstas na lei penal (CP 107, VII e VIII), que identificavam o casamento como causa de extinção da punibilidade nos delitos “contra os costumes”, foram revogadas. Admitir que o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal nada mais significava do que chancelar o estupro, absolvendo o autor de um crime hediondo, agravado pelo fato de ser a vítima adolescente. Com essa salutar alteração da lei penal houve a derrogação tácita de parte do art. 1520 do Código Civil.²⁴

Na mesma linha de raciocínio Zilmara Cosato:

Em suma, a partir da revogação desses incisos, o casamento não mais seria uma forma de extinção da punibilidade no caso da prática do crime de estupro de vulnerável, encontrando-se o artigo civilista em comento revogado parcialmente (restaria vigente apenas em relação à possibilidade de casamento de pessoa que não alcançou a idade núbil no caso de gravidez).²⁵

Nos casos da ocorrência de gravidez, o artigo continua valendo, já que a lei visa proteger a honra da menor, bem como a proteção de sua prole, proporcionando o seu desenvolvimento em condições adequadas da família e do lar conjugal.

1.3 Impedimento

O casamento pode não se realizar devido a ocorrência de impedimentos que são circunstâncias que impossibilitam a celebração do casamento entre determinadas pessoas, tornando-o nulo se houver.

Neste sentido, Caio Mário S. Pereira afirma que:

o objetivo do nosso legislador foi evitar uniões que afetem a prole, a ordem moral ou pública, por representarem um agravo ao direito dos nubentes, ou aos interesses de terceiros, tal a influência que exerce o matrimônio nas relações familiares e em toda esfera social. Determina, por isso, circunstâncias cuja verificação tem como consequência impedir a celebração do casamento.

²⁴ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias -4 ed.rev., atual, e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.146

²⁵ COSATO, Zilmara. *A VIGÊNCIA DO ART. 1.520 do C.C. APÓS A LEI 11.106/2005. REVOGAÇÃO OU NÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, ATRAVÉS DO CASAMENTO, EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.* Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/32280/1/A-VIGENCIA-DO-ART-1520-do-CC-APOS-A-LEI-111062005-REVOGACAO-OU-NAO-DA-EXTINCAO-DA-PUNIBILIDADE-ATRAVES-DO-CASAMENTO-EM-CASOS-DE-ESTUPRO-DE-VULNERAVEL/pagina1.html#ixzz10rJyl7Ev>. Acesso em 20 ago. 2010.

A classificação dos impedimentos encontra-se disposta no artigo 1521 do Código Civil e é possível observar que o legislador foi claro nessa classificação, para que sejam distribuídos por categorias e não haja outra interpretação senão a expressa trata-se de um rol taxativo:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II – os afins em linha reta;
- III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V – o adotado com o filho do adotante;
- VI – as pessoas casadas;
- VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio contra o seu consorte.²⁶

O artigo acima citado trata dos impedimentos dirimentes públicos ou absolutos, esclarecendo as razões de sua existência, Silvio Rodrigues:

[...] por razões éticas, baseadas no direito público, envolve causas atinentes a instituição da família e à estabilidade social, podendo ser levantados por qualquer interessado e pelo Ministério Público, na qualidade de representante da sociedade, acarretando a nulidade do matrimônio realizado com a inobservância da proibição.²⁷

Igualmente são as ponderações de Carlos Roberto Gonçalves:

A sociedade tem interesse em que não se realize o casamento de pessoas entre as quais vigoram os impedimentos. Razões de ordem pública, dirigidas especialmente à proteção da família, ditaram a sua previsão e enumeração. Por essa razão é amplo o campo de titularidade para a sua arguição [...]²⁸

Os impedimentos para o casamento são divididos em três categorias distintas. Primeiramente, tem-se aqueles que resultam da relação de parentesco, elencados nos incisos I a V do artigo 1521 do Código Civil.

Ao analisar esses incisos vê-se que essa relação de parentesco pode ser por

²⁶ BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 280.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil v. 6*, 28 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.36.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva, 2009.p.74.

consaguinidade ou afinidade, ressaltando que a afinidade na linha colateral não constitui impedimento:

A afinidade na linha colateral não constitui empecilho ao casamento; assim, o cônjuge viúvo ou divorciado pode casar-se com a cunhada. Tendo em vista que o art. 1.595 do novo Código Civil incluiu o companheiro no rol dos parentes por afinidade, não pode ele, dissolvida a união estável, casar-se com a filha de sua ex-companheira.²⁹

Veja que os impedimentos de consangüinidade objetivam visam impedir núpcias incestuosas e a concupiscência no ambiente familiar.

Outros motivos que justificam a existência desses impedimentos são biológicos ou eugênicos (para evitar malformações somáticas, taras fisiológicas, defeitos psíquicos), não podendo assim, casarem os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil. “O impedimento abrange todo e qualquer grau de parentesco da linha reta, quer seja ele matrimonial, decorrente de justas núpcias, quer natural, proveniente de relações convivências, concubinárias ou esporádicas”³⁰

Nesse âmbito de impedimento por consangüinidade ou afinidade o legislador inseriu como impedimento o casamento do adotando com a adotada conforme disposição trazida pelo artigo 1626 do Código Civil, já que o adotado possui condição de filho.

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.³¹

A proibição explícita da bigamia está disposta no chamado impedimento de vínculo. Assim, no direito brasileiro se uma pessoa permanece casada civilmente

²⁹ ROCHA, Ricardo. *Causas impeditivas para o casamento*. Disponível em <http://www.esumosfmu.com/menu/.../Res%20Dir%20Familia%20-%20Ricardo.doc>. Acesso em 20 ago. 2010.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v5., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 61.

³¹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.288.

não poderá contrair novas núpcias. Logo, “Impedimento de vínculo, que deriva da proibição da bigamia, por ter a família base monogâmica.”³²

De igual forma a lei proíbe o casamento da pessoa condenada pela prática de homicídio contra seu consorte, novamente tem-se a proteção da família como base para o legislador civil.

1.4 Causas suspensivas

As causas suspensivas, encontram-se dispostas no artigo 1.523 do Código Civil,

Art. 1.523. Não devem casar:

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

II – a viúva, ou a mulher cujo o casamento se defez por ser nulo, ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – o divorciado, enquanto não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

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

São também chamadas de impedimentos impeditivos e não anulam o casamento, mas visam impedir que ele aconteça.

Ocorrendo qualquer das circunstâncias descritas no artigo o casamento não deveria ocorrer, novamente tem-se a proteção da prole, principalmente em âmbito patrimonial como justificativa para a ocorrência de tais condições.

Novamente Silvio Rodrigues preleciona:

As causas suspensivas se justificam em virtude dos interesses da prole do leito anterior; no intuito de evitar a *confusio sanguinis* e a confusão de patrimônios, na hipótese de segundas núpcias; ou no interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro.”³³

³² Ferreira, Julio. *Impedimentos matrimoniais*. Disponível em http://www.centraljuridica.com/doutrina/122/direito_civil/impedimentos_matrimoniais.html. Acesso em 22 ago. 2010.

³³ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil v. 6*, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p.50.

Veja que a partir do momento que as causas estabelecidas deixarem de existir os nubentes poderão se casar normalmente, conforme explicita César Fiuza.

O Código Civil denomina estes impedimentos impeditivos de causas suspensivas do casamento, uma vez que apenas suspendem a capacidade nupcial. Cessado o impedimento, o casal poderá convolar núpcias normalmente.³⁴

Enquanto perdurarem as causas suspensivas a lei determina que o casamento deverá se dar sob o regime da separação de bens. A partir do momento que se cumprir o disposto em lei e as causas deixarem de existir poderão alterar o regime de bens para o que melhor lhes aprouverem.

³⁴ FIUZA, César. *Curso Completo de Direito civil*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey.2003.. p.802.

CAPÍTULO II – REGIME DE BENS E A TUTELA CONSTITUCIONAL

2.1 Regime de bens

As espécies de regime de bens encontram-se regulamentadas no código Civil Brasileiro, quais seja a comunhão parcial, a comunhão universal, a total separação de bens e o regime de participação final nos aqüestos.

Urge ressaltar que a lei atualmente permite a alteração do regime adotado no momento do casamento.

Então, a título de exemplo, se um casal se casou sob o regime da comunhão parcial de bens e durante o casamento quiser alterar para a comunhão universal de bens, basta atender os requisitos estabelecidos e poderá fazer a mudança.

Sobre a comunhão universal de bens pode ser entendida como a comunicação de todos os bens, ativo e passivo do casal. Denota-se que nesse tipo de regime de bens a pretensão existente ultrapassa os limites da união de vidas, os noivos pretendem transformar o casamento em uma união de bens.

Nesse ponto, Silvio Rodrigues preleciona:

Assim ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido na Constança do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges a título oneroso, por doação ou herança. Os patrimônios se fundem em um só.³⁵

Igualmente Fernando Moreira:

Na comunhão universal de bens, tudo também é dividido, inclusive os bens que as partes possuíam antes do casamento, bem como possíveis heranças a serem recebidas. Somam-se tudo e divide-se igualmente, independente de uma parte ter mais a oferecer que outra. [...] Bem, o casal se casa. Começam a vida do zero. Compram casa, carro, móveis, terrenos, outro carro, criam uma conta conjunta no banco, e por aí vai. Tempos depois o casal se separa. O que é de quem? Tudo é dos dois. Tudo deverá ser devidamente calculado e dividido. Não importa quem pagou mais pela casa, pelo carro, quem ganhava mais e conseqüentemente depositava mais dinheiro no banco. Tudo deve ser contabilizado e dividido.³⁶

³⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil v. 6, 28 ed., São Paulo: Saraiva. 2004, p.166.

³⁶ MOREIRA, Fernando. *O regime de bens- comunhão universal de bens*. Disponível em <http://casamento.bicodocorvo.com.br/curiosidades/o-regime-de-bens-comunhao-universal-de-bens>. acesso em 19 set. 2010.

Então, no regime da comunhão universal de bens 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”.³⁷

Logo, todos os bens se comunicam sejam adquiridos durante, antes ou após o casamento.

As considerações de Giselda Maria são elucidadoras:

Conforme suas regras comunicam-se entre os cônjuges todos os seus bens presentes e futuros, além de suas dívidas passivas, ocorrendo um enorme amálgama entre os bens trazidos para o casamento pela mulher e pelo homem, bem como aqueles que serão adquiridos depois, formando um único e indivisível acervo comum, passando, cada um dos cônjuges, a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum e das dívidas comuns.³⁸

Já o regime da comunhão parcial de bens é o adotado de maneira automática pela lei, ou seja, o considerado como legal, a não ser que haja um pacto antenupcial determinando a adoção de outro regime de bens.

Conforme dispõe o artigo 1640 do Código Civil, o regime da comunhão parcial de bens deverá prevalecer nas condições anteriormente citadas.

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.
Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.³⁹

Quando adotado o regime da comunhão parcial de bens apenas do que foi adquirido durante o casamento fará parte da comunhão. Maria Berenice Dias ponderou bem nesse aspecto: “Trata-se de um regime que atendeu a certa lógica e

³⁷ VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 4 ed., São Paulo. Atlas. 2004. p.193.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e regime de bens*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4095>>. Acesso em 17 mai. 2010.

³⁹ BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.291.

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”.⁴⁰

Corroborando com esse entendimento Magda Raquel Guimarães:

O regime da comunhão parcial é o mais conhecido entre as pessoas, por ser o regime legal. Se a pessoa não fizer nenhum pacto antenupcial, será este o regime do casamento. Neste regime, os bens adquiridos durante o casamento são divididos em partes iguais. Mas desta divisão se exclui os bens que já existiam antes do casamento, aqueles que foram comprados com o dinheiro da venda do bem particular, os bens de uso pessoal, o rendimento do trabalho e os bens recebidos por herança ou doações de terceiros.⁴¹

O regime de separação de bens se desdobra em outros dois, a saber, a separação legal e a convencional.

O regime da separação de bens encontra-se regulado pelos artigos 1687 e 1688 do Código Civil os quais expressam, *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. (grifos nossos)⁴²

As considerações de Carlos Roberto Gonçalves sobre esse regime são importantes: “No regime da separação convencional cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los ou grava-los de ônus livremente, sejam moveis ou imóveis.”⁴³

Novamente Magda Raquel Guimarães:

No regime da separação, os bens adquiridos durante o casamento são de cada um. É possível no pacto antenupcial estabelecer que algum bem se comunica, como por exemplo, a residência do casal e outro não. No regime da separação de bens, o cônjuge que for proprietário poderá vender ou

⁴⁰VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 4 ed., São Paulo. Atlas. 2004. p.218.

⁴¹ GUIMARÃES, Magda Raquel. *O regime de bens no casamento*. Disponível em <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-07-04.htm>. Acesso em 15 set. 2010.

⁴² CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.294.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p.448.

mesmo hipotecar o imóvel sem a assinatura do outro. Os dois são obrigados a contribuir para as despesas da casa, na proporção de seus rendimentos.⁴⁴

A existência de um pacto antinupcial é pressuposto do casamento realizado sob esse tipo de regime, que conforme visto, tem por principal característica a absoluta diversidade na titularidade patrimonial.

Acerca dessa característica inerente ao regime da separação convencional de bens Silvio de Sávio Venosa “[...] 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”.⁴⁵

De forma contrária à separação convencional de bens, a separação obrigatória não tem nada de convencional, ao contrario, trata-se de uma imposição da lei e não uma escolha dos cônjuges. A vontade não é respeitada.

A determinação da separação obrigatória de bens encontra-se regulamentada no artigo 1641 do Código civil:

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 sessenta anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.⁴⁶

Às pessoas arroladas no artigo citado o regime da separação de bens é imposto. Assim, quando o casamento se realiza contra a recomendação do legislador de quem não deve casar, às pessoas maiores de sessenta anos e todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para contraírem o matrimônio.

determinadas pessoas tem sua liberdade de escolha do regime limitada. Assim, enquanto a regra é da liberdade de escolha, para certas pessoas a lei retira o direito de opção e determina que o regime será o da separação de bens. Note-se que o regime é imposto e, assim, é chamado de separação obrigatória de bens (CC, art. 1641). O regime é imposto aos que

⁴⁴ GUIMARÃES, Magda Raquel. *O regime de bens no casamento*. Disponível em <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-07-04.htm>. Acesso em 15 set. 2010.

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 4 ed., São Paulo. Atlas. 2004. p.196

⁴⁶ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.290.

se casaram em infração às causas suspensivas do casamento (CC, art. 1523), aos maiores de 60 anos (CC, art. 1641, II) e aos menores que se casam com autorização judicial (CC, art. 1641, III)⁴⁷

Notadamente a liberdade de escolha dessas pessoas que pretendem contrair núpcias é limitada pelo contido no artigo 1641 do Código Civil. Novamente as considerações de Maria Berenice Dias são importantes nesse ponto:

Trata de uma mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de que desobedece e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais.⁴⁸

A ultima espécie de regime de bens é o regime da participação final nos aquestos disposto no artigo 1672 do Código Civil:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a Título oneroso, na constância do casamento.⁴⁹

Para o regime da participação final nos aquestos é imprescindível a existência de um pacto antinupcial, todavia, trata-se de um regime considerado misto.

Mesmo exigindo um pacto antenupcial, a participação final nos aquestos é um regime misto.

Ivan Pegoraro sobre o regime da participação final nos aquestos aduz que:

Aquestos, quer dizer, bens adquiridos na constância da convivência conjugal. No regime de participação final dos aquestos, previsto pelo artigo 1672 do Código Civil Brasileiro, cada cônjuge possui patrimônio próprio, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Por este regime, o casal vive sob verdadeira separação de bens, ou seja, em outras palavras, cada um administra o seu próprio patrimônio, enquanto perdurar a sociedade conjugal. Os reflexos da opção desse regime, só surge quando o casal resolve se separar, com a efetiva

⁴⁷ SIMÃO, José Fernando. *O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?* Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html. Acesso em 17 set. 2010.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. ev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.229

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO- *Vade Mecum*- São Paulo: Saraiva. 2008. p.293.

dissolução da sociedade conjugal. Até que tal ocorra, vale dizer mais uma vez, o que prevalece é a separação dos bens.⁵⁰

Corroborando com esse entendimento Carlos Roberto Gonçalves preleciona que:

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total, e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento.⁵¹

Destarte que durante o casamento cada cônjuge é titular de seu patrimônio próprio, composto dos bens que possuía ao casar mais os adquiridos a qualquer título durante a vida em comum.

2.2 O princípio constitucional da igualdade

Com a nova concepção sobre o casamento no qual o afeto é o principal constituinte da relação, ou a base do relacionamento resta demonstrado que tais relações são pautadas dentro dos ditames de igualdade.

Logo, afirma-se que o casamento está diretamente ligado e fundamentado em vínculos afetivos, de amor, respeito, lealdade e confiança. Logo, “[...] O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família [...]”⁵²

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

⁵⁰ PEGORARO, Ivan. *O regime da participação nos aquestos*. Disponível em http://www.pegoraroadv.com.br/artigos/geral/O_regime_de_participacao_nos_aquestos.php. acesso em 25 set. 2010.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v 6. 5ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p.444.

⁵² ESTROUGO, Monica Guazelli. *O Princípio da Igualdade aplicado à família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.321.

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.⁵³

O artigo acima citado consagra a igualdade entre as pessoas proibindo quaisquer tipos de discriminação. Entretanto, 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 igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.⁵⁴

Fazendo a diferenciação sobre igualdade formal e igualdade material as considerações de Bruna de Andrade são importantes:

A igualdade formal é aquela positivada na Constituição Federal, e que, portanto, possui força normativa. Por meio dela, fica estabelecido, no art. 5º da Constituição, por exemplo, que todos os cidadãos brasileiros, homens e mulheres, negros e brancos, são iguais perante à lei. Logo, é ilícita a distinção de qualquer natureza na aplicação da lei. Contudo, a igualdade formal, não garante que todos os brasileiros tenham as mesmas oportunidades, as mesmas condições de vida, de participação social, enfim, não garante que a igualdade formal seja efetivamente posta em prática. Tal fato contribuí para que a nossa Carta Constitucional seja classificada como nominal, de acordo com a classificação ontológica de Karl Loewenstein, já que as práticas sociais e econômicas não ocorrem de acordo com o ordenamento jurídico.⁵⁵

O principio da igualdade busca dar a todos o tratamento adequado, respeito suas limitações e diferenças.

⁵³ BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.7.

⁵⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p.595.

⁵⁵ ANDRADE, Bruna. *Igualdade formal x igualdade material*. Disponível em http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Igualdade_Formal_v._Igualdade_Material. Acesso em 24 set. 2010.

Quando um casal for contrair as núpcias o tratamento dado a eles deverá ser o mesmo dedicado aos demais da sociedade em que vivem, independente de idade, cor ou raça.

2.3 A liberdade de escolha

Dentro dos preceitos de igualdade tem-se a liberdade de escolha, visto que através do tratamento igualitário recebido o indivíduo tem liberdade para fazer as suas escolhas, sempre respeitando os limites legais.

Desse modo a liberdade e igualdade encontram-se correlacionadas entre si, trata-se de princípios fundamentais que visam garantir o respeito da dignidade da pessoa humana. Assim, “[...] inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”⁵⁶

A liberdade de escolha foi uma conquista do indivíduo com a evolução da sociedade, sempre atrelado ao respeito à sua dignidade.

Liberdade é essencialmente capacidade de escolha. Onde não existe escolha, não há liberdade. O homem faz escolhas da manhã à noite e se responsabiliza por elas assumindo seus riscos (vitórias ou derrotas). Escolhe roupas, amigos, amores, filmes, músicas, profissões... A escolha sempre supõe duas ou mais alternativas; com uma só opção não existe escolha nem liberdade.⁵⁷

O exercício da liberdade de escolha deve se dar dentro de sua totalidade, de forma ampla.

A liberdade de escolha dentro do casamento pode ser entendida como a faculdade dos nubentes de escolher o regime de bens que quiserem.

Nesse intento Gisele Leite: “A lei concede relativa faculdade aos nubentes em estipularem o que lhes aprouver aos seus bens, podendo optar por um dos regimes

⁵⁶ Ibidem.p.61

⁵⁷ ALCANTARA. Dora Lucia. *Liberdade: uma conquista do homem*. Disponível em <http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/doraliberdad.htm>. Acesso em 20 set. 2010.

disciplinados pelo Código Civil, como também combinar regras híbridas, tecendo então um peculiar regime de bens.”⁵⁸

Assim sendo, 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, ressaltando que tal segurança deve estar limitada ao bem estar social de todos.

A escolha do regime de bens deve alcançar a todos os cidadãos brasileiros sem distinção

⁵⁸ LEITE., Gisele. *A importância do pacto antenupcial*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/736>. acesso em 18 set. 2010.

CAPÍTULO III TUTELA JURÍDICA DO CASAMENTO DOS SEXAGENÁRIOS

3.1 Condição de casamento dos maiores de sessenta anos

Conforme visto as relações matrimoniais devem ser pautadas na igualdade entre os seres, com a permissão que o façam dentro dos ditames legais que considerarem adequados pra si.

A liberdade e igualdade encontram-se correlacionadas entre si, trata-se de princípios fundamentais que visam garantir o respeito da dignidade da pessoa humana. Assim, “[...] inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”⁵⁹

A Constituição da República de 1988, conhecida como constituição cidadã procurou constitucional, procurou banir do ordenamento jurídico todo tipo discriminações, fazendo valer a autonomia da vontade dos cidadãos, tendo em vista a democracia implantada no país.

Compete ao 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, ressaltando que tal segurança deve estar limitada ao bem estar social de todos.

Destrates, a liberdade encontra respaldo no regime democrático em que vivemos, é nele que a pessoa encontra possibilidade de expressar suas vontades de escolha, a qual atinge todas as esferas do direito, incluindo nesse rol o direito de famílias.

Como afirma Maria Berenice Dias , a verdadeira liberdade e o ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.⁶⁰

A liberdade de escolha está ligada ao juízo de valor que cada um carrega consigo, e exercer essa liberdade significa ser respeitado enquanto ser humano. É ter sua dignidade acatada

⁵⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.177.

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice *União Homoafetiva, o Preconceito e a Justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.. p.61.

Vê-se que mesmo com a orientação constitucional, o legislador limitou a escolha de alguns, sob o argumento da proteção. É incontestável que essa é a função dos legisladores, todavia, deverá estar atento à realidade social.

.Nesse contexto vê-se que a imposição do regime da separação obrigatória de bens àqueles que pretendem contrair matrimônio e que estejam com mais de sessenta anos completamente inconstitucional.

Novamente Maria Berenice Dias, marco teórico da presente pesquisa, com suas ponderações auxiliam nosso entendimento:

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

61

Vê-se que essa determinação contraria de forma evidente ao princípio constitucional da igualdade, o qual proíbe as distinções de qualquer natureza, principalmente no que tange à igualdade material.

Ao impor essa obrigatoriedade, aos maiores de sessenta anos em adotar o regime da separação de bens, o legislador, inevitavelmente, os distinguiu dos demais.

A distinção criada pelo legislador, no artigo 1461, II da Lei Civil, de forma alguma poderá ser tolerada em nosso ordenamento jurídico. Não se pode conceber a idéia de termos um dispositivo legal em que o critério de idade fora usado equivocadamente para separá-los dos demais.

O motivo pelo qual o legislador constitucional o inseriu em nosso ordenamento jurídico é o de proporcionar a busca de condições eficazes, para que se procure igualizar os diferentes.

Não existe qualquer comprovação que o maior de sessenta anos seja uma pessoa senil. O avanço na idade não permite que seja fator preponderante para diferenciá-lo dos demais.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. ev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.811.

No Brasil, com a expectativa de vida média de 71,3 anos, é muito comum que esse desejo ocorra depois dos 60 anos.

A pergunta que se faz, então, é: é justo retirar do cidadão a partir dos 60 anos o direito de escolher o regime de bens pelo qual vai se casar?

A imposição do regime de separação obrigatória de bens ao maior de sessenta anos revela-se completamente equivocada pois parte de premissas falsas. A primeira delas é a de que o novo casamento se dará entre pessoas de idade muito diversas e por um provável interesse econômico. A segunda é a de que na constância desse casamento não haverá esforço comum para aquisição/preservação do patrimônio do casal.

A presença desse dispositivo no Código Civil pátrio alça o idoso à condição de incapaz, violando, assim, a isonomia, a dignidade humana e a autonomia da vontade.⁶²

Atualmente vemos a participação dos maiores de sessenta anos tem sido cada vez mais importante em nosso cotidiano. São perfeitamente capazes de realizar tarefas, encontram-se inseridos no mercado de trabalho e em muitos casos é arrimo de família. Não existe qualquer argumento plausível que justifique essa diferenciação dos demais.

Conforme já demonstrado o artigo 226, §3º da Constituição da República equiparou a união estável à entidade familiar.

Mesmo com essa equiparação a lei foi totalmente silente quanto a existência de restrições para aqueles que se unem em união estável com mais de sessenta anos.

O fato do regime de bens utilizado para reger a união estável é da comunhão parcial de bens em que caso os bens se comunicam, ou seja, todos os bens adquirido, de forma onerosa, pelos conviventes na constância da união serão divididos

Assim, sendo vê-se que não existe qualquer vedação legal no que tange a comunicação dos bens daquele iniciou sua convivência, união estável, com mais de sessenta anos.

Conforme o art. 1.641, II, do Código Civil, Pedro e Ana deverão se casar pelo Regime da Separação Total de bens na forma obrigatória, em decorrência de Pedro contar com mais de sessenta anos de idade. Portanto, o casal não terá possibilidade de escolher o regime de bens que lhe aprouver, porque há imposição legal relativa ao regime matrimonial.⁶³

⁶² SOUZA, Paloma Braga Araújo de. *Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9586>>. Acesso em 26 out. 2010..

⁶³ RONCONI, Diego Richard. *O regime da separação total (absoluta) de bens obrigatória na união estável*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6551>>. Acesso em 26 out. 2010

Buscando ilustrar a situação o mesmo autor explana:

Quanto a João e Maria, casal que pretende constituir União Estável, não há imposição legal para que o regime de bens escolhido seja o da Separação Total de Bens na forma Obrigatória. Como se observou, na constituição de União Estável, se não houver sido escolhido outro regime de bens entre os companheiros, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens. Neste caso, supondo-se que houvesse a dissolução da União Estável em vida, se o casal não houvesse escolhido algum regime de bens diverso (prevalecendo a comunhão parcial, de acordo com o artigo 1.725, do Código Civil) e se algum deles tivesse adquirido algum bem a título oneroso na constância da união, este bem seria dividido por igual entre ambos. Diversamente seria a situação de Pedro e Ana, casados civilmente sob o regime da Separação Total de Bens na forma Obrigatória, pois, caso houvesse separação judicial de ambos, nenhum teria direito sobre o bem adquirido pelo outro na constância da união.⁶⁴

Vemos clara discrepância, visto que se o maior de sessenta anos estiver disposto a partilhar seus bens, basta simplesmente viver em união estável.

É imprescindível ressaltar que no dia 17 de novembro de 2010 o Senado Federal aprovou a Lei que altera a idade para a imposição do regime de casamento. Desse modo tal imposição incidirá sobre o maior de 70 (setenta anos) e não mais de 60 (Sessenta).

Mesmo com essa mudança, a discriminação persiste, visto que ainda que a pessoa possua 70 anos poderá ser dono de suas faculdades e capaz de gerir sua própria vida, não justificando a limitação.

3.2 Posicionamento jurisprudencial e o controle de constitucionalidade de leis

O artigo 1641,II do código Civil reveste-se de inconstitucionalidade material restando sujeito ao controle de constitucionalidade de leis tendo em vista a lesão ao princípio da igualdade consagrado no artigo 5º *caput*, da Constituição da República, bem como o direito fundamental da liberdade de escolha, diante do tratamento

⁶⁴ Ibidem. Acesso em 12 mai. 2010.

discriminatório aos sexagenários, por meio da imposição do regime matrimonial da separação legal de bens.

Tendo em vista que o dispositivo encontr-se revestido de inconstitucionalidade material necessário se faz algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade de leis, instituto adequado para sanar esse problema.

Definido 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.”⁶⁵

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.

No que tange ao controle de constitucionalidade de leis, vale ressaltar que é derivado do princípio da Supremacia Constitucional. Dessa forma, todas as demais leis infraconstitucionais deverão ser respaldadas no que a Constituição da República determina, bem como em seus princípios.

Sobre o principio da suprema constitucional José Afonso da Silva exprime o que se segue:

Nossa constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal soa soberanos, porque todos são limitados expressa ou implicitamente, pelas norma positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.⁶⁶

Para José Afonso da Silva, trata ser o instituto: “[...] a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público, que contrariem formal ou materialmente princípios, preceitos constitucionais”⁶⁷

⁶⁵ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.577.

⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ed. São Paulo: Malheiros. 2001. p.46

⁶⁷ *Ibidem*. p.49

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.

Por meio do controle difuso todos os componentes do Poder Judiciário, observadas as regras de competência podem realizar o controle de constitucionalidade. Desse modo, qualquer juízo ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade da lei no caso concreto em que é provocado.

Já o controle concentrado, tem esse nome por se concentrar em um único Tribunal, o Supremo Tribunal Federal. Por meio desse 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 tem 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”⁶⁸

Salienta-se que o Supremo se limitou na edição da Súmula acima demonstrada cabendo aos demais tribunais procederem o controle de constitucionalidade em sede difusa, norteados pelo contido na Súmula em comento.

Ante essa orientação o Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim se manifestou:

AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - CÓDIGO CIVIL DE 1916 - IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO A TÍTULO ONEROSO - PARTILHA - POSSIBILIDADE. - Tanto o regime da separação convencional, sem exclusão expressa dos aqüestos, quanto o regime da separação obrigatória, não eram regimes de separação absoluta de bens, pois em ambos havia, quer por lei (art. 259 do Código Civil de 1916), quer por força da jurisprudência (Súmula 377 do STF), comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, independentemente da comprovação de esforço comum.⁶⁹

⁶⁸ 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

⁶⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NÚMERO TJMG: 002406004581-2 NUMERAÇÃO ÚNICA: 0045812-49.2006.8.13.0024 Relator: EDUARDO ANDRADE Data da Publicação: 16/01/2009. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=06004581&btn_pesquisar=Pesquisar. Acesso em 26 out. 2010.

O próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a aplicabilidade da Súmula 377:

CASAMENTO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. OS BENS HAVIDOS, NA CONSTANCIA DO CASAMENTO, POR UM DOS CONJUGES, EM VIRTUDE DE HERANÇA, NÃO SE COMUNICAM. A SÚMULA 377 REFERE-SE A COMUNICAÇÃO DE AQUESTOS, NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL. NÃO É INVOCÁVEL, QUANDO SE CUIDA DE BENS ADQUIRIDOS, NA CONSTANCIA DO MATRIMÔNIO, NÃO PELA COOPERAÇÃO DE AMBOS OS CONJUGES, MAS POR HERANÇA. CÓDIGO CIVIL, ARTS-259 E 258, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO I. SENDO DE SEPARAÇÃO LEGAL O REGIME DE BENS, NO DESQUITE LITIGIOSO, NÃO É DE ASSEGURAR MEAÇÃO, QUANTO AOS BENS HAVIDOS POR HERANÇA, NA CONSTANCIA DO CASAMENTO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART-259, DO CCB, QUE NÃO SE VERIFICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.⁷⁰

É imprescindível que o artigo faça o efetivo controle de constitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil a fim de que a inconstitucionalidade material que o reveste seja sanada.

3.3 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, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”⁷¹

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

Ter mais de sessenta anos não permite que seja justificativa para qualquer tipo de discriminação.

⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 93168, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/1984, DJ 30-11-1984 PP-10441 EMENT VOL-01360-02 PP-00344). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=s%FAMula+377&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em 26 out. 2010.

⁷¹ ESTATUTO DO IDOSO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 28 out. 2010.

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.⁷²

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 o respeito à sua dignidade, galgando um lugar de respeito, buscando dar a eles a posição de cidadão efetivo na sociedade, a través de uma participação ativa.

Nesse sentido, a proibição trazida pelo Estatuto do Idoso contra toda e qualquer discriminação aplica-se também à proibição elencada no artigo 1641, II do Código Civil, a qual tem caráter amplamente discriminatório.

⁷² 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 30 out. 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República é a Lei Maior, de todo nosso ordenamento jurídico, desse modo há de se considerar que as demais leis infraconstitucionais deverão estar abalizadas em seus ditames. Os princípios constitucionais ali inseridos possuem força normativa e juntamente com suas normas são de suma importância para todo o ordenamento jurídico, devendo, as demais normas, estarem atentas a sua disposição.

O casamento ainda é a forma mais comum de se constituir família em nosso meio, e para sua realização a lei estabelece uma série de formas e condições impostas por lei considerando o fato de que com a celebração do casamento não só uma nova família é constituída, mas também envolve questões patrimoniais.

Encontram-se capacidade para contrair matrimônio o maior de dezoito anos ou aqueles emancipados civilmente. O artigo 1520 do Código Civil prevê o casamento daqueles que possuem entre dezesseis e dezoito anos desde que tenham a anuência dos pais e o artigo 1520 do mesmo diploma legal o casamento dos que tem menos de dezesseis anos desde que obtida a autorização judicial pra o ato, abrindo precedente para a realização do casamento, em caso de gravidez.

Os impedimentos por sua vez se subdividem em causas suspensivas, artigo 1523 do Código Civil e impedimentos propriamente ditos relacionados no artigo 1521 do Código Civil. Os dois institutos visam a proteção do interesse de terceiros em especial a prole evitando a confusão de patrimônios. Ainda, procura-se evitar a confusão de sangue e futuros problemas com os filhos concebidos entre parentes

O regime de bens que dita como serão administrados os bens do casal durante a vigência do casamento. O regime da comunhão parcial de bens e o chamado regime legal, ou seja, diante da inexistência de um pacto antenupcial bem como inexistindo qualquer vedação legal é ele que irá reger o casamento em que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, considerando o esforço comum para adquiri-los.

Já nos regimes da comunhão universal de bens, separação total de bens e da participação final nos aquestos pressupõem a existência de um pacto antenupcial onde estão todas as cláusulas inerentes às condições que irão prevalecer concernente ao regime de bens.

O que difere os regimes da separação de bens e separação obrigatória de bens está no fato de ser a última uma imposição legal aquelas pessoas que se encontram nas condições dispostas no artigo 1641 do Código Civil, dentre elas os que possuem mais de sessenta anos de idade.

Quando se fala em regime de bens logo se tem em mente a ideia de opção de escolha que é fornecida aos nubentes dentro daquilo que melhor lhes agradarem para contraírem as núpcias. Entretanto, aos maiores de sessenta anos a lei não lhes faculta esse exercício.

Insta ressaltar que se trata de total injustiça para com eles, que se veem obrigados a aceitar uma imposição legal diante da presunção de falta de capacidade para discernir os atos da vida civil.

Diante disso tem-se na imposição do regime da separação legal de bens àqueles que pretende contrair matrimônio acima dos sessenta anos afronta ao princípio da igualdade material bem como o direito ao exercício da liberdade de escolhas. Ressalte-se que a igualdade material objetiva tratar a todos dentro dos limites das suas desigualdades.

O Estatuto do Idoso, dispositivo legal criado para a proteção dos que atingem a melhor idade igualmente proíbe qualquer tipo de discriminação em virtude da idade. Assim sendo, o dispositivo da lei civil igualmente contraria as determinações ali contidas.

O controle de constitucionalidade de leis é a saída alcançada por aqueles que buscam exercer o direito e escolherem o regime de bens pelo qual pretendem se casar. Os tribunais têm se decidido a favor dessa igualdade, diante disso a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal mesmo tendo sido editada anteriormente ao Código Civil de 2003 tem aplicação nos dias atuais, pois através dela pode se fazer justiça.

Relevante se faz ressaltar sobre o silêncio da lei no que tange à união estável. Assim, se o maior de sessenta anos quiser outro regime de bens para gerenciar sua vida bastará viver em união estável.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Dora Lucia. *Liberdade: uma conquista do homem*. Disponível em <http://www.existencialismo.org.br/jornalexistencial/doraliberdad.htm>. Acesso em 20 set. 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em 28 ago. 2010.

ANDRADE, Bruna. *Igualdade formal x igualdade material*. Disponível em http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/Igualdade_Formal_v._Igualdade_Material. Acesso em 24 set. 2010.

BARROS, Washington Monteiro *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Saraiva. São Paulo. 2004

BASTOS, Maria Aparecida. Legitimação e Capacidade para o Casamento. Disponível em http://www.ucg.br/site_docente/jur/maria_aparecida/pdf/impedimentos_suspensivas.pdf. Acesso em 18 ago. 2010.

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

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

COSATO, Zilmara. *A VIGÊNCIA DO ART. 1.520 do C.C. APÓS A LEI 11.106/2005. REVOGAÇÃO OU NÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, ATRAVÉS DO CASAMENTO, EM CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/32280/1/A-VIGENCIA-DO-ART-1520-do-CC-APOS-A-LEI-111062005-REVOGACAO-OU-NAO-DA-EXTINCAO-DA-PUNIBILIDADE-ATRAVES-DO-CASAMENTO-EM-CASOS-DE-ESTUPRO-DE-VULNERAVEL/pagina1.html#ixzz10rJyl7Ev>. Acesso em 20 ago. 2010.

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

_____. *União Homoafetiva, o Preconceito e a Justiça*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009..

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

ESTATUTO DO IDOSO. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 28 out. 2010.

ESTROUGO, Monica Guazelli. *O Princípio da Igualdade aplicado à família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

FARIAS, Cristiano Chaves. *Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional*. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

Ferreira, Julio. *Impedimentos matrimoniais*. Disponível em http://www.centraljuridica.com/doutrina/122/direito_civil/impedimentos_matrimoniais.html. Acesso em 22 ago. 2010.

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

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

GUIMARÃES, Magda Raquel. *O regime de bens no casamento*. Disponível em <http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-07-04.htm>. Acesso em 15 set. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e regime de bens*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4095>>. Acesso em 17 mai. 2010.

LEITE., Gisele. *A importância do pacto antenupcial*. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/736>. acesso em 18 set. 2010

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

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007
SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ed. São Paulo: Malheiros. 2001

MOREIRA, Fernando. *O regime de bens- comunhão universal de bens*. Disponível em <http://casamento.bicodocorvo.com.br/curiosidades/o-regime-de-bens-comunhao-universal-de-bens>. acesso em 19 set. 2010.

PEGORARO, Ivan. *O regime da participação nos aquestos*. Disponível em http://www.pegoraroadv.com.br/artigos/geral/O_regime_de_participacao_nos_aquestos.php. acesso em 25 set. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. v5., Rio de Janeiro: Forense. 2005

ROCHA, Ricardo. *Causas impeditivas para o casamento*. Disponível em <http://www.esumosfmu.com/menu/.../Res%20Dir%20Familia%20-%20Ricardo.doc>. Acesso em 20 ago. 2010.

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

RONCONI, Diego Richard. *O regime da separação total (absoluta) de bens obrigatória na união estável*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6551>>. Acesso em 26 out. 2010

SAAD, Martha Solange S. A DISPUTA ENTRE AS TEORIAS QUE PRETENDEM EXPLICAR A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO. Disponível em http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/A_DISPUTA_ENTRE_TEORIAS__NATUREZA_JURIDICA_CASAMENTO-artigo-site-nov-2008.pdf. Acesso em 20 ago. 2010.

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 30 out. 2010.

SIMÃO, José Fernando. *O Regime da separação absoluta de bens (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória?* Disponível em http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html. Acesso em 17 set. 2010.

SOUZA, Paloma Braga Araújo de. *Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9586>>. Acesso em 26 out. 2010

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 93168, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/1984, DJ 30-11-1984 PP-10441 EMENT VOL-01360-02 PP-00344). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=s%FAmula+377&pagina=2&base=baseAcordaos>. Acesso em 26 out. 2010.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NÚMERO TJMG: 002406004581-2 NUMERAÇÃO ÚNICA: 0045812-49.2006.8.13.0024 Relator: EDUARDO ANDRADE Data da Publicação: 16/01/2009. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=06004581&btn_pesquisar=Pesquisar. Acesso em 26 out. 2010.

URBANEJO, Lisiane *Natureza jurídica do casamento*. Disponível em <http://www.webartigos.com/articles/39191/1/Natureza-Juridica-do-Casamento/pagina1.html>. Acesso em 18 ago. 2010.

VENOSA, Silvio de Sávio. *DIREITO CIVIL: DIREITO DE FAMÍLIA*. 4 ed., São Paulo. Atlas. 2004.