



**FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

**WELLINGTON DE FARIA COUTO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS EM RAZÃO DA IDADE**

**BACHARELADO  
EM  
DIREITO**

**CARATINGA – MG  
2018**

**WELLINGTON DE FARIA COUTO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS EM RAZÃO DA IDADE**

Monografia apresentada à banca examinadora do  
Curso de Direito da faculdade Doctum Caratinga  
como exigência parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito sob a orientação do professor  
Cláudio Boy Guimarães

**CARATINGA - MG**

**2018**



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

FORMULÁRIO 9

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A  
(in)constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens em razão da idade consumidor, elaborado  
pelo Wellington de Faria Couto foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e  
aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da  
obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 06 de dez 20 18

  
Prof. Cláudio Eloy Guimarães

  
Prof. Juliano Sepe Lima Costa

  
Prof. Oscar Alexandre Moreira

“A idade não depende dos anos, mas sim do temperamento e da saúde; umas pessoas já nascem velhas, outras jamais envelhecem”.

Tyron Edwards

## DEDICATÓRIA

Dedico essa vitória em especial aos meus pais Hilto e Eunicir pelo grande amor, carinho e encorajamento nos momentos em que quis desistir e vocês estavam lá, desempenhando o papel de pai, mãe, á todos aqueles que acreditaram em mim, educadores e professores, á todos amigos que conquistei ao longo do passar dos anos.

## **AGRADECIMENTOS**

As batalhas foram vencidas e o tão distante objetivo, alcançado. Torno-me bacharel em direito e agora com objetivos maiores a serem buscados para melhoria da qualidade de vida de todos. É neste momento que gostaria de agradecer à Deus por toda força e coragem. Sem ele eu não conseguiria chegar até aqui. A meu pai Hilto, exemplo de homem na minha vida, pelo carinho e oportunidade concedida. A minha mãe Eunicir, minha fortaleza, pelo amor, carinho e apoio. A todos amigos, pela amizade incondicional e por tantos momentos bons e ruins que vivemos e permanecemos juntos. Aos familiares que contribuíram sem medir esforços para me fazer feliz. Agradeço a Cláudio Boy Guimarães, que dedicadamente me orientou e não se limitou em ser apenas professor, mas verdadeiro amigo. Enfim, a vitória foi alcançada. Levo um sorriso nos lábios, a esperança nos olhos e a certeza de muitas vitórias que ainda virão.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	-	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	-	Artigo
Arts.	-	Artigos
CC/02	-	Código Civil de 2002
CC/16	-	Código Civil de 1916
CF/88	-	Constituição Federal de 1988
CP	-	Código Penal
MP	-	Ministério Público
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	-	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

## **RESUMO**

O presente trabalho tem como propósito a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, com a redação que lhe foi atribuída pela lei n. 12.344/2010, dispositivo esse que prevê a obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade. O atual Código Civil prevê a ampla liberdade de escolha no tocante ao regime de bens que rege as relações patrimoniais vindas do casamento. Porém, entretanto, existe uma exceção imposta ao regime de separação de bens em que o legislador considerou inaconselhável o casamento. A imposição legal do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 (setenta) anos tem como razões de fundo a premissa de que, nessa idade, a senilidade conduziria o nubente à celebração do casamento ruinoso sob o ponto de vista patrimonial. Como se tentará demonstrar, a imposição de regime de bens em razão da idade avançada do nubente, além de constituir uma indevida limitação da autonomia da vontade não se harmoniza com a constituição Federal de 1988 que viola frontalmente, princípios e garantias constitucionais, tais como, a dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, bem como a autonomia da vontade privada. Restringindo à capacidade civil de pessoas absolutamente capazes, e discriminando-as pela idade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade, Igualdade, Separação Obrigatória, Idoso, Casamento.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	12
<b>CAPÍTULO I – DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	14
1.1 Casamento.....	15
1.2 Visão Constitucional do Casamento.....	16
1.2.1 Capacidade.....	18
1.2.2 Impedimentos.....	20
1.2.3 Causas Suspensivas.....	23
<b>CAPÍTULO II – REGIME DE BENS E A TUTELA CONSTITUCIONAL</b> .....	26
2.1 Do Regime de Bens no Casamento.....	27
2.1.1 Do Regime de Separação Total de Bens.....	29
2.1.2 Da Súmula 377 do STF.....	31
2.1.3 Do Regime de Separação Convencional de Bens.....	32
2.1.4 Do Regime de Separação Obrigatória ou Legal de Bens.....	33
<b>CAPÍTULO III – DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	36
3.1 Princípios Agredidos pelo Regime de Casamento Obrigatório imposta ao maior de 70 (setenta) anos.....	37
3.2 Análise do Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/03).....	42
3.2.1 Capacidade Civil do Idoso.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	47
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	50

## INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, este trazendo a imposição do regime de separação obrigatória de bens a ser adotado pela pessoa com mais de 70 (setenta) anos de idade, quando na realização de sua união matrimonial, e tal obrigação resulta numa desqualificação em relação à capacidade de discernimento desta referida pessoa idosa, ou seja, com 70 anos ou mais, colocando-a numa situação vexatória perante a sociedade.

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.

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 ultrapassadas.

Eis que surge a problemática envolvendo o tema: A imposição legal do regime obrigatório de bens ao casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, é compatível com a Constituição da República de 1988?

O objetivo principal dessa monografia está em demonstrar o tratamento diferenciado dado pelo legislador civil aos maiores de setenta anos trazendo esclarecimentos sobre o casamento e suas peculiaridades, a injusta aplicação da norma civil no caso em destaque e a determinação da inconstitucionalidade do referido artigo em face dos princípios constitucionais fundamentais, da Liberdade da Igualdade e Dignidade da pessoa Humana. As garantias fundamentais trazida na Constituição da República, não permitem que, na execução de atos, formulação de leis, tratamento ou convivência, etc., dos indivíduos, o Estado e tampouco a sociedade, discrimine, obstrua direitos e até mesmo afronte suas vidas, utilizando-se de qualquer critério para tal, principalmente o critério da idade.

É importante destacar o advento Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, este com a finalidade de cuidar da integridade moral, o respeito, a preservação da identidade, de valores, etc., da pessoa com mais de 70 anos. O resultado obtido, quanto na aplicação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, em relação ao Estatuto, não harmoniza com as ideias pretendidas pelo referido, e mais, coloca o septuagenário em situação de vulnerabilidade em relação a sua capacidade, fato

que não contribui para o seu desenvolvimento como pessoa humana.

Neste sentido, estão os ganhos sociais advindos desta pesquisa, uma vez que os levantamentos que serão realizados contribuirão para uma nova visão com relação aos idosos, uma vez que a expectativa de vida tem aumentado, assim, pessoas acima de setenta anos não podem ser vistas como incapazes, tampouco, inúteis, permitindo aos septuagenários condições de dignidade.

Necessário se faz ainda, abordar os ganhos pessoais em relação a abordagem temática deste trabalho, uma vez que os estudos e pesquisas aqui realizadas contribuirão para a iniciativa ao debate quanto à manutenção de dispositivos que violam direitos e ferem a ordem constitucional, restando demonstrada a necessidade de questionamento a fim de pensar e repensar o tema abordado.

Finalmente, tem-se os ganhos jurídicos que esta pesquisa trará aos operadores do direito; através de uma análise crítica dos diversos posicionamentos acerca do tema proposto, permitindo ao jurista, material hábil ao fundamentar suas teses.

A metodologia a ser utilizada será teórica dogmática nas áreas do direito civil, mais precisamente no âmbito de direito de Família e direito Constitucional. Para tanto será utilizada bibliográfica que terá como fundamento a proximidade do marco teórico para a determinação do que se constitui bibliografia básica e complementar; a análise da lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e a seleção de jurisprudência e doutrinas, ajudando a consolidar e estruturar a investigação aqui proposta, para se determinar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil.

Como marco teórico tem-se os autores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias que afirmam a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, pois este artigo assume a presunção de incapacidade da pessoa idosa confrontando com os princípios e garantias fundamentais constitucionais.

A seguinte monografia será composta por três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o Direito de Família, Casamento, Visão Constitucional do Casamento, Capacidade, Impedimentos e Causas Suspensivas.

O segundo deles será demonstrado o Regime de Bens e a Tutela Constitucional, Do Regime de Bens no Casamento, Do Regime de Separação Total de Bens, Da Súmula 377 do STF, Do Regime de Separação Convencional de Bens e o Regime de Separação Obrigatória ou Legal de Bens.

Por fim, o terceiro e último capítulo será colocada a solução do caso, com a

Inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II do Código Civil, tema da monografia, será abordado os Princípios Agredidos pelo Regime de Casamento Obrigatório imposto ao maior de 70 anos, Análise do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e a Capacidade Civil do Idoso.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, em face do tema proposto, faz-se necessário apresentar alguns conceitos essenciais à compreensão deste trabalho. São eles: Tratamento igualitário, Idoso, Liberdade, Casamento, Separação obrigatória.

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.<sup>1</sup>

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

Colaborando 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, proclama.<sup>2</sup>

A figura do idoso no ordenamento jurídico brasileiro, cujo conceito se extrai do próprio art. 1º da Lei n.º 10.741/03: “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”<sup>3</sup>

Ainda segundo o dicionário Aurélio, idoso pode ser definido como “quem tem bastante idade”<sup>4</sup>

Concernente ao direito fundamental 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

---

<sup>1</sup> BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 06.

<sup>2</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. 28 ed. São Paulo: atlas, 2012. p.368.

<sup>3</sup> BRASIL, ESTATUTO DO IDOSO. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1139.

<sup>4</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Novo Dicionário Aurélio**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000. p. 744.

vontade [...]”<sup>5</sup>

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.

O casamento na definição de Maria Helena Diniz é [...] a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade, é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.<sup>6</sup>

O regime de separação de bens é aquele regime de bens em que “cada cônjuge terá seu patrimônio separado”<sup>7</sup>

Fábio Ulhoa conceitua a separação obrigatória como o regime em que a lei “ não deixa à livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio”<sup>8</sup>

Segundo Maria Helena Diniz:

O regime de separação de bens (CC, art. 1.687) vem a ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio.<sup>9</sup>

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

---

<sup>5</sup> Silva, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. ver e atual. São Paulo: malheiros, 2001, p.232.

<sup>6</sup> Diniz, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família / Maria Helena Diniz – 24. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.p.146.

<sup>7</sup> FIUZA, César. Direito Civil: **Curso Completo**. 15. ed. ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.1.047.

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, Família; Sucessões, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p.192.

<sup>9</sup> Diniz, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família / Maria Helena Diniz – 24. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.p.188.

## CAPÍTULO I – DIREITO DE FAMÍLIA

Antes mesmo de adentrarmos na seara do direito de família necessário se faz o entendimento da sua terminologia, bem como o significado da palavra.

A palavra família segundo o novo dicionário Aurélio é [...] pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, o pai, a mãe e filhos[...].<sup>10</sup>

O direito de família “[...] constitui complexo de normas disciplinares vindas das relações de família [...]”<sup>11</sup>.

Trata-se, pois, do ramo de direito civil que estuda as relações jurídicas na órbita familiar e as normas concernentes a esse ramo do direito que se encontram, regulados pelo novo Código Civil nos artigos. 1.511 a 1.783

Assim como a sociedade evolui, também a ideia de família e casamento se desenvolve, como resultado da própria evolução humana, conforme se extrai da lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem a organização familiar, inicialmente, se estruturava em torno da figura do *paterfamilias*.<sup>12</sup>

No próprio Direito Civil Brasileiro, é possível observar a influência dessa concepção no Código de 1916, cujas disposições, dentre outras, determinavam o chamado *pátrio poder*, cujo exercício cabia ao homem.

É bom notarmos que essa organização não levava em considerações o afeto como principal liame entre os membros de uma família, sendo certo que sua formação possuía caráter meramente material e até mesmo econômico.

Com a Constituição Federal de 1988, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito, instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.<sup>13</sup>

Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o Código Civil vigente na época necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se as

---

<sup>10</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Novo Dicionário Aurélio**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000. p. 612.

<sup>11</sup> Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009. p.72.

<sup>12</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V: Direito de Família. 20 ed. Rio de Janeiro: 2012. p. 107.

<sup>13</sup> Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009. p.73.

novas diretrizes ditadas pela constituição

A seguir será, abordada, o casamento, visão constitucional do casamento, capacidade, impedimentos bem como as causas suspensivas.

## 1.1 Casamento

[...] O casamento, como todas as instituições sociais, variam com o tempo e os povos[...],<sup>14</sup> afirma não existir, provavelmente, em todo o direito privado instituto mais discutido. Enquanto numerosos filósofos e literatos o defendem, chamando-o de “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada” ou “ a grande escola fundada pelo próprio Deus para educação do gênero humano”, outros o condenam, censurando-lhe a constituição e finalidade.

No Direito Romano o casamento era a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

Essa noção um tanto grandiosa e sacramental desfigurou-se com o tempo e com a evolução dos costumes, desaparecendo a alusão ao direito divino e a referência à perenidade do consórcio de vidas na definição atribuída.

O cristianismo, como obtempera Caio Mário, elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pela qual “ um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual”.

Portalis, um dos elaboradores do Código Civil francês, pretendendo ser objetivo, assim definiu o casamento: “É a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino”.

Josserand, depois de igualmente criticar a definição de Portalis, aduzindo que ela também comete o equívoco de fazer da procriação dos filhos a finalidade essencial do casamento, apresenta o conceito que entende mais adequado: “Casamento é a união do homem e da mulher, contraída solenidade e de conformidade com a lei civil”.

No direito brasileiro, duas definições são consideradas clássicas. A primeira, de Lafayette Rodrigues Pereira, proclama: “O casamento é um ato solene pela qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de

---

<sup>14</sup> Monteiro, Washington de Barros, *Curso de direito civil*, ed.42, v. 2 Direito de Família. 2012. p. 156.

finalidade e amor e da mais estreita comunhão de vida”. Ressente-se também, ao conceituar o casamento como “um ato”, da referência à sua natureza contratual, porque a religião o elevava à categoria de sacramento.

A segunda definição referida é a de Clóvis Beviláqua, nestes termos: “O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer”

Como se observa, todas as definições apresentam o casamento como união entre homem e mulher, ou seja, entre duas pessoas de sexo diferente. Tal requisito, todavia, foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132 reconheceu a união homoafetiva. Com isso a união entre “homem e mulher” deve ser lida como “união de pessoas”.

## 1.2 Visão Constitucional do Casamento

O Código Civil de 1916 e as leis vigentes no século XX identificavam a família simplesmente pelo casamento, sob um aspecto hierarquizado e patriarcal.

Assim dispõe Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Durante a vigência da Codificação Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora única de família legítima, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adúltera, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais.<sup>15</sup>

Atualmente família é identificada com novos elementos que a compõe, trazendo como principal valor, as relações afetivas contidas em seu eixo, e sendo chamada de “família socioafetiva”.

Dentro das novas mudanças, está à entidade familiar, que deixou de ser singular e passou a ser plural, tendo várias formas de composição, como a família monoparental, a homoafetiva e a união estável.

---

<sup>15</sup> FARIAS, CRISTIANO Chaves de. ROSENVALDE, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2010. p.108.

Veja o que diz Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias:

[...] o caput do art. 226 da Carta Maior que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, relevando, de forma evidente, que todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido constituído de que modo for, merecerá a proteção estatal, não podendo sofrer discriminações.<sup>16</sup>

Outra mudança trazida nesta nova ótica da relação afetiva é a legitimidade dos filhos nascidos fora da relação do casamento, onde a Constituição Federal, o coloca em relação de igualdade perante os outros filhos recebidos na relação matrimonial, para que não sofra nenhum tipo de constrangimento ou discriminação.

Também é importante destacar a igualdade entre homens e mulheres no que tange a direitos e obrigações, sendo que a administração familiar será exercida igualmente pelos dois, dentro da relação. Proíbe a interferência de pessoas de direito público na relação instituída pelo casamento e ainda disciplina o regime de casamento religioso.

Dispõe Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Optando pela via formal e solene do casamento, por igual, estará protegida e as normas do casamento adaptadas para realçar a sua dignidade, igualdade substancial e liberdade, além de estabelecer um elo solidário entre cada um dos cônjuges que, nesse novo panorama, de fato, pode ser chamado de *com sorte*.<sup>17</sup>

Destacou também a chamada “paternidade responsável”, onde cabe a cada casal a escolha de critérios para a execução do planejamento familiar, impedindo que o Estado interfira nas escolhas, e fazendo com que o mesmo procure propiciar recursos para o desenvolvimento desse exercício, além da assistência direta à família no intuito de combater a miséria e a violência dentro do âmbito familiar.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar e melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito

<sup>16</sup> FARIAS, CRISTIANO Chaves de. ROSENVALDE, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2010. p.108.

<sup>17</sup> FARIAS, CRISTIANO Chaves de. ROSENVALDE, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2010. p.110.

a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.<sup>18</sup>

Em síntese, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se coloca como base e orientador, do surgimento das mudanças ocorridas nas normas de direito de família constitucional e civil.

### 1.2.1 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 (dezoito) 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 se 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.

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

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 1.517 do Código Civil os que tenham entre dezesseis e dezoito anos e tenham a anuência de seus genitores para o ato. “art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.<sup>19</sup>

Nesse sentido 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 impedimentos por incapacidade para consertar. Basta a autorização do pai

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito de Família. 15ª ed. Revista Ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 35.

<sup>19</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 259.

ou da mãe, que exercem solidariamente o poder familiar. Se um consentir e o outro discordar, o caso poderá ser decidido judicialmente.<sup>20</sup>

Para que os menores de dezesseis anos possam se casar necessário se faz a autorização judicial para convalidar as núpcias nos termos do artigo 1.520 do Código Civil. “Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil art. 1.517 CC/02, para evidenciar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.<sup>21</sup>

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 sobrepunham ao interesse do Estado de punir a 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. Admitem que o casamento do réu com a vítima como forma de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal nada mais significa de cancelar 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 fática de parte do art. 1.520 do Código Civil.

Em suma, a partir da revogação desses incisos, o casamento não mais seria uma forma de extinção da punibilidade no caso da punibilidade no caso da prática do crime de estupro de vulnerável, encontrando-se o artigo civilista em comento revogado parcialmente, 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 da família e do lar conjugal.

---

<sup>20</sup> FIUZA, Cezar. Direito Civil: **Curso Completo**. 15. ed. ver. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.804.

<sup>21</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 259.

### 1.2.2 Impedimentos

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

Nesse entendimento, Caio Mário s. Pereira afirma que:

O objeto do nosso legislador foi evitar uniões que aferem 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.<sup>22</sup>

A classificação dos impedimentos encontra-se disposta no artigo 1.520 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 ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.<sup>23</sup>

O objetivo do mesmo foi a preservação da prole em termos morais e eugênicos, haja vista que as causas previstas no referido artigo refletem uma construção de situações inaceitáveis para a sociedade. Esclarecendo as razões de sua existência, 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. Por essa razão é amplo o campo de titularidade para a sua arguição.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. volume V. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 236.

<sup>23</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 237.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume 6. Direito de Família. 15ª ed. Revista Ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 103.

Os impedimentos para o casamento são divididos em três categorias distintas. Primeiramente, tem-se aqueles que resultam da relação de parentesco, elencados nos incisos V do artigo 1.521 do Código Civil.

Ao analisar esse incisos vê-se que essa relação de parentesco pode ser por consanguinidade ou afinidade, ressaltando que a afinidade na linha colateral não constrói impedimento.

A afinidade na linha colateral não constrói empecilho ao casamento, assim, o cônjuge viúvo ou divorciado pode casar-se com a cunhada. Tendo em vista que o art. 1595 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.

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

Outros motivos que justificam a existência desses entendimentos são biológicos ou eugênicos (para evitar mal formações somáticas, taras fisiológicas, defeitos psicológicos), 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, que seja ele matrimonial, decorrente de justas núpcias, que natural, proveniente de relações convivências, concubinárias ou esporádicas”.

Nesse âmbito de impedimento por consanguinidade ou afinidade o legislador inseriu como impedimento o casamento do adotando com a adotada conforme disposição trazida pelo artigo 1.626 do Código Civil, já que o adotado possui condição de filho.

Artigo 1.626 A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, 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.<sup>25</sup>

A proibição explícita da bigamia está disposta no chamado impedimento de vínculo. Assim no direito brasileiro se uma pessoa permanecer casada civilmente não poderá contrair novas núpcias. Logo, “impedimento de vínculo, que deriva da

---

<sup>25</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p.267.

proibição da bigamia, por ter a família base monogâmica”.

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 com base para o legislador civil.

Nota-se que as causas de impedimentos para a realização do casamento são absolutas, eis que o casamento não poderá se convalidar, sendo este nulo de pleno direito, não gerando quaisquer efeitos jurídicos, salvo as hipóteses em que a legislação permite o casamento, como é o caso do casamento entre colaterais de terceiro grau.

As causas de impedimentos, quando constatadas violadas, irão gerar uma nulidade, conforme vem previsto no artigo 1.522 em consonância com o artigo 1.548, ambos do Código Civil, no que dispõe:

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - por infringência de impedimento.<sup>26</sup>

Portanto, nota-se, que as causas de impedimentos poderão ser arguidas por qualquer pessoa, haja vista que se trata de questões de ordem pública; assim a busca é pela preservação harmônica da ordem social. Uma vez nulo o casamento, a nulidade poderá ser alegada a qualquer tempo, pois não será convalidada. Nos casos em que somente se descobre as causas de impedimentos após a efetivação do casamento, caberá ao Ministério Público, como fiscal da lei, apresentar o pedido de anulação, ou ainda a qualquer interessado, conforme dispõe o artigo 1.549, do Código Civil.

Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.<sup>27</sup>

Por fim, vale ressaltar que por se tratar de questão que geram nulidade, não haverá prescrição, haja visto que é nulo não se convalida.

---

<sup>26</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 263.

<sup>27</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 263.

### 1.2.3 Causas Suspensivas

Diferentemente do que ocorre nas causas de impedimentos, onde se busca a preservação da moral, o que se busca preservar nas causas suspensivas é a conservação do interesse da prole, haja vista que evita a confusão de patrimônio que surge a partir do regime de bens.

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 casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

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

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

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.<sup>28</sup>

Diferente do que ocorre com as causas de impedimentos, em que a sua não observância irá gerar a nulidade do casamento, já nas causas suspensivas, quando não houver a sua observância não haverá a nulidade ou a anulabilidade do casamento, mas haverá apenas sanções trazidas pela lei.

Porém, o legislador ao introduzir no parágrafo único do referido artigo, que se comprovado perante juízo que não haverá prejuízos aos filhos e a terceiros, ou ainda que a mulher não esteja grávida ou que já deu a luz, poderá haver a autorização para que seja realizado o casamento sem que aplique as causas suspensivas.

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

---

<sup>28</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260.

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 segunda núpcias; ou no interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro”.<sup>29</sup>

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

O Código Civil denomina estes impedimentos de causas suspensivas do casamento, uma vez que apenas suspendem a capacidade nupcial. Cessado o impedimento, o casal poderá contrair núpcias normalmente.<sup>30</sup>

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

O legislador buscou preservar o patrimônio dos herdeiros em caso de falecimento de um dos pais, isto se o cônjuge supérstite vier a contrair núpcias antes de serem partilhados os bens do casamento anterior, podendo haver uma confusão patrimonial, pois dependendo do regime adotado os bens de ambos poderão formar um único montante de patrimônio, como é o caso do regime de comunhão universal de bens.

As causas suspensivas não poderão ser arguidas por qualquer pessoa, como é o caso do impedimento, o legislador trouxe no artigo 1.524, do Código Civil as pessoas as quais poderão arguir tais suspensão, conforme se segue:

Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins.<sup>31</sup>

Nota-se que a legislação se restringe aos parentes dos nubentes, além disso, o momento para a legação das causas suspensivas deve ocorrer até o momento da celebração do casamento. Havendo alegação de prazo, deverá suspender a cerimônia e aplicar o regime de separação obrigatória de bens, nos termos do artigo

---

<sup>29</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Direito de Família*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.50

<sup>30</sup> FIUZA, Cézar. *Curso Completo de Direito Civil*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 802.

<sup>31</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260.

1.641, I, do Código Civil, conforme segue:

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;

[...] <sup>32</sup>

Nota-se que esta constitui a única punição para quem contrai núpcias violando as causas de suspensão, salvo no caso de o casamento violar o inciso II, do artigo 1.489, do Código Civil, neste caso poderá haver a hipoteca pelos filhos sobre os imóveis dos pais que resolveram se casar, antes de realizar a partilha dos bens, conforme segue:

Art. 1.489. A lei confere hipoteca:

[...]

II – aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;

[...] <sup>33</sup>

A legislação prevê a situação acima apresentada, para os casos em que não houve o casamento sobre o regime de separação obrigatória de bens, porém foi o mecanismo hábil para que fossem preservados os direitos dos herdeiros.

---

<sup>32</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

<sup>33</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 257.

## **CAPÍTULO II – REGIME DE BENS E A TUTELA CONSTITUCIONAL**

Regime de bens é o complexo de normas que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, durante o casamento. O Direito Brasileiro prevê quatro regimes de bens entre os cônjuges: o regime da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens, o da separação de bens e o da participação final nos aquestos. Foi extinto, pelo Código Civil de 2002, o regime dotal, que se inseria no contexto da separação de bens.

A regra é a livre escolha pelos nubentes, princípio da ampla liberdade dos cônjuges para estipularem acerca de seus bens, anteriores ou posteriores ao casamento. Todavia, na falta de estipulação de sua parte, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, para que possam os noivos escolher regime diverso da comunhão parcial, ou seja, qualquer um dos outros três, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial.

O pacto antenupcial é o acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos quatro regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. Será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal, da separação de bens e da participação final nos aquestos. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no registro imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí a ter validade contra terceiros.

A escolha do regime de bens era imutável e irrevogável, não tendo valor qualquer cláusula, mesmo no pacto antenupcial, que visasse alterá-lo, subordinando-o a condição ou a termo. No sistema do Código atual, é possível a mudança do regime de bens, desde que cumprida algumas exigências: a alteração deverá ser autorizada pelo Juiz, mediante pedido de ambos os cônjuges, em que fiquem explicitados os motivos para tanto. As razões invocadas pelos cônjuges devem ser razoáveis e não podem prejudicar direitos de terceiros. Segundo o entendimento de Cezar Fiuza o autor disserta que é impossível que o regime de bens seja subordinado a termo ou a condição no pacto antenupcial. Em outras palavras continua sendo inválida a cláusula de pré-nupcial que previr a alteração do regime de bens após o decurso de prazo ou após o implemento de certa condição.

Assim podem os contraentes adotar um dos quatro regimes retro mencionados, ou combiná-los entre si, criando um regime misto, desde que as

estipulações não sejam incompatíveis com os princípios e normas de ordem pública que caracterizam o direito de família (CC, art. 1.655). Podem as partes, ainda, adotar o regime simplesmente mencionado pelo Código (comunhão parcial, universal etc.), pelos artigos de lei que o disciplinam, bem como pelos preceitos que o regem.

## 2.1 Do Regime de Bens no Casamento

O casamento, quando na sua celebração, produz efeitos sociais e pessoais, como já dito anteriormente, e mais, produz efeitos patrimoniais, derivados da união entre os cônjuges.

Estes efeitos patrimoniais derivam da escolha do regime de bens, escolhidos pelo nubentes quando na realização da união matrimonial.

Sendo assim, dispõe o artigo 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.<sup>34</sup>

O regime de bens é um tratado de conteúdo patrimonial, que irá regular os interesses dos cônjuges na relação matrimonial. Define a administração dos bens dos cônjuges e restringe à prática de certos atos jurídicos realizados por ambos os cônjuges.

Quanto ao regime são eles regidos sob três princípios, que são: a liberdade de estipulação, variedade de regimes e a mutabilidade relativa, justificada e submetida ao crivo judicial.

O atual Código Civil, em seus artigos 1.639 ao 1.688, define quatro tipos de regime de bens a serem escolhidos pelos nubentes, quando na habilitação para o casamento, sendo estes: comunhão universal de bens, participação final nos aquestos, separação convencional de bens e separação obrigatória de bens, esse último, consagrado no artigo 1.641, inciso II, que será tratado posteriormente no trabalho.

Para a união estável, serão aplicadas as regras do regime da comunhão parcial de bens, caso não tenha acordo antenupcial dispondo ao contrário, assim dispõe o artigo 1.725 do Código Civil. Os companheiros de união estável, se assim desejarem, poderão fazer a mudança do regime de bens também, durante a

---

<sup>34</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 268.

convivência, através de simples contrato por escrito, por instrumento público ou particular e intervenção judicial, como já dito anteriormente.

Os efeitos do regime de bens só irá produzir após a sua concretização, assim confirma o artigo 1.639, §1º do Código Civil: “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.<sup>35</sup>

Importante se faz mencionar que, quando for possível a escolha do regime de bens pelos nubentes, esta será formalizada através de pacto antenupcial. O pacto antenupcial é um acordo solene, ajustado entre os nubentes, para formalizar a escolha do regime de bens, que vigorará na união matrimonial. Este mesmo será formalizado em Tabelionato de Notas e encaminhado ao Cartório de Registro Civil ou de Pessoas, para realização da solenidade do casamento.

Assim dispõe os artigos 1.640, § único e o artigo 1.643 do Código Civil.

Art. 1.640. [...]

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.

Artigo 1.653 – É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.<sup>36</sup>

Para suprir a omissão na escolha do regime de bens que irá gerir a relação matrimonial dos cônjuges, a lei ordena que esta mesma seja administrada pelas regras do o regime da comunhão parcial de bens, que é chamado também de regime de bens.

É o que diz o artigo 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.<sup>37</sup>

A liberdade para a escolha do regime de bens, trazida como princípio no direito civil, não é absoluta, pois em certos casos, quando a lei determinar, os nubentes não terão essa faculdade.

Sempre que houver mudança do regime de bens na união matrimonial, esta deverá também, preservar os interesses da família, sem causar prejuízos aos filhos do casal.

---

<sup>35</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 268.

<sup>36</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

<sup>37</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

Nos casos em que o regime é o da separação obrigatória de bens, estes poderá ser alterado por outro regime, desde que cessada as circunstâncias que impediam a adoção de outro regime pelos nubentes.

### 2.1.1 Do Regime de Separação Total de Bens

Tal regime tem características absolutas, não tendo comunicação entre os bens, de nenhuma espécie, nem aqueles adquiridos onerosamente durante a união matrimonial. Acontece que forma-se dois patrimônios distintos, o do homem e da mulher.

Dispõe o artigo 1.687 do Código Civil: “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”.<sup>38</sup>

No regime da separação convencional, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis.

Segundo entendimento de Silvio Rodrigues:

Regime de separação é aquele em que os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidades pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento. Quando se pactua tal regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges.<sup>39</sup>

Com relação as dívidas contraídas pelo casal, durante a união matrimonial, estas serão de responsabilidade de ambos, ou seja, terão comunicação patrimonial, desde que feitas para a manutenção da vida em comum.

É o que dispõe o artigo 1.643 do Código Civil:

Artigo 1.643 – Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:  
I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;  
II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 271.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. **Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 190

<sup>40</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p.269.

Afirmando o que foi exposto pelo artigo 1.643, o artigo 1.644 do Código Civil dispõe: “As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges”.<sup>41</sup>

Reiterando tais afirmações, o artigo 1.647 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de realização de negócios jurídicos por umas das partes da união matrimonial:

Artigo 1.647 – Ressalvados o disposto no artigo 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

- I – alienar ou gravar de ônus nela os bens imóveis;
- II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III – prestar fiança ou aval;
- IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação<sup>42</sup>

Assim como o patrimônio dos cônjuges não se comunicam, os ganhos e rendimentos também não se comunicam. Porém ambos os cônjuges devem contribuir para a manutenção das suas vidas em comum, na proporção de seus bens e rendimentos. Seria conveniente, que esta medida da contribuição, fosse acordada em pacto antenupcial, assim como mencionado anteriormente.

Dispõe o artigo 1.568 do Código Civil: “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.<sup>43</sup>

É o que diz Sílvio Rodrigues:

Como a contribuição da mulher é proporcional ao valor de seus bens, pode ocorrer que ela, os tendo de maior valor, seja obrigada a contribuir com importância mais elevada do que o marido. O conveniente, nesse campo, é convencionar no pacto antenupcial.<sup>44</sup>

Existe exceção a esta regra, que irá se confirmar, quando o casal estipular em pacto antenupcial, que somente um dos cônjuges vai se obrigar com as despesas para a manutenção do casal.

Confirmação dada por Maria Helena Diniz:

---

<sup>41</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

<sup>42</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

<sup>43</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 263.

<sup>44</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito de Família**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 192.

Mas ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, exceto se houver estipulação em contrário no pacto antenupcial, impondo, p. ex., ao marido o dever de assumir sozinho os encargos da família, pagando as despesas com seu patrimônio.<sup>45</sup>

O contexto legal é omissivo ao que tange os bens adquiridos na constância do casamento em que ambos os cônjuges contribuíram para a aquisição dos bens, porém para resolver o impasse de tal situação, mesmo que não pacífico, ainda é possível a aplicação da antiga súmula 377 do STF que determina que os bens adquiridos com o esforço em comum deverão ser partilhados, conforme será mencionado no próximo tópico.

Quanto à sucessão, nessa modalidade, havendo descendentes, o cônjuge supérstite ingressará na partilha dos bens, concorrendo com a prole do de cujos.

### 2.1.2 Da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Com a vigência do Novo Código Civil de 2002, a doutrina majoritária entendeu que a separação de bens no casamento terá efeitos absolutos, contrários a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

Alguns doutrinadores concordam com a não aplicação da súmula, confirmando a separação de bens como absoluta.

Para Silvio Salvo Venosa, Rolf Madaleno e outros, confirmam a aplicação Súmula 377, fazendo com que ela produza efeitos no regime de separação de bens, e transformando a separação absoluta em relativa.

É o que diz Maria Berenice Dias:

A presunção de comunicabilidade instituída pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, quando aos matrimônios celebrados sob o regime da separação legal, visa a evitar o enriquecimento sem causa de um dos nubentes. As mesmas razões estariam presentes no regime da separação convencional de bens, o que autoriza a divisão do matrimônio adquirido. Ainda que não haja a presunção “*juris et de jure*” de comunicabilidade, é suficiente a prova de esforço comum ou da participação efetiva na aquisição do patrimônio para dar ensejo à divisão.<sup>46</sup>

A Súmula do Supremo Tribunal Federal diz: “No regime de separação legal de

---

<sup>45</sup> Diniz, Maria Helena **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 : *Direito de Família* / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 188.

<sup>46</sup> Dias, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** / Maria Berenice Dias. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 214.

bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Essa Súmula veio solucionar o problema decorrente a constituição de patrimônio durante a união matrimonial, que permanecia somente em nome de um dos cônjuges. Com a sua aplicação, evita-se em um dos cônjuges venha a enriquecer nas custas do outro, em caso de administração e dissolução desta sociedade.

Esta Súmula traz a consigo a solução de um problema da legislação de 1916, que pelas suas características, concedia a administração dos bens ao cônjuge varão.

Veja o que leciona Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Obviamente, a Súmula não tem aplicação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal.<sup>47</sup>

Enfim, a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, se faz necessária nos casos de separação legal ou obrigatória de bens e nos casos em que se verificar enriquecimento ilícito de algum dos cônjuges na relação matrimonial, não se fazendo necessária a aplicação no caso de separação convencional de bens, pois implicaria afronta a liberdade de escolha e autonomia da vontade das partes envolvidas na união matrimonial.

### **2.1.3 Do Regime de Separação Convencional de Bens**

O regime de separação convencional de bens é oportuno a qualquer caso de formação de união matrimonial. Com exceções aos casos explícitos no artigo 1.641 do Código Civil, que faz com que obrigatoriamente o casamento seja realizado sob a orientação do regime de separação de bens.

Em síntese, a adoção do regime de separação convencional de bens, se faz mediante acordo, *convenção*, entre os nubentes, quando na constituição da união, por pacto antenupcial, com as cláusulas que nele preferirem incluir, preservando a

---

<sup>47</sup> Farias, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 250.

administração do patrimônio individual de cada cônjuge.

Veja o que o que diz a legislação em seu artigo 1.687 do Código Civil: “Estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”<sup>48</sup>

Nesse regime de bens, não haverá a comunicação dos bens em nenhuma hipótese. Assim, cada um dos cônjuges possuirá os seus bens particulares, sendo ele responsável pela administração deste seu patrimônio exclusivo, podendo dispô-lo ou onerar sem que haja a necessidade de anuência do outro cônjuge.

Sendo assim, ele segue todas as orientações que regulam a separação de bens, porém, este regime, não resulta de imposição legal da legislação civil, mas, de uma livre escolha e manifestação de vontade dos nubentes, na hora da constituição da união matrimonial.

Quanto à sucessão, nessa modalidade, havendo descendentes, o cônjuge supérstite irá ingressar na partilha dos bens, concorrendo com a prole do de cujus.

#### **2.1.4 Do Regime de Separação Obrigatória ou Legal de Bens**

Adentraremos ao estudo do principal tema do presente trabalho quanto aos bens, este regime é idêntico ao regime da separação total de bens. A única diferença está que tal regime há a imposição legal quanto à sua adoção pelos cônjuges.

Nesse regime, não há liberdade na escolha do regime de bens pelos nubentes, para a realização da união matrimonial.

Assim cada um dos cônjuges terá seus bens particulares, não havendo comunicação entre os bens de um de outro.

O Código Civil, no seu artigo 1.641, e seus incisos, ordena que em certos casos, a constituição da união matrimonial, seja feita com a imposição do regime de separação de bens, pelo fato destas possuírem certas peculiaridades, por razões de ordem pública, visando proteger os nubentes ou terceiros ou exigido como sanção, pois a legislação determina que assim seja, portanto não haverá escolha dos nubentes.

É o que diz Maria Helena Diniz:

---

<sup>48</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 271.

Deveras, em certas circunstâncias a lei o impõe, caso em que esse regime é obrigatório por razões de ordem pública, visando proteger o nubente ou terceiro ou por ser exigido como sanção. É assim, em virtude do Código Civil, artigo 1.641, o regime obrigatório do casamento.<sup>49</sup>

Para que haja a obrigatoriedade do referido regime, deverá ocorrer uma das hipóteses do artigo 1.641, do Código Civil, no que segue:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.<sup>50</sup>

A primeira hipótese está relacionada a não observância das causas suspensivas do casamento, sendo as previstas no artigo 1.523 do Código Civil, onde constitui medida protetiva, com finalidade de resguardar o patrimônio, quando na realização da união matrimonial, de filhos, de herdeiros, de ex-cônjuges e de tutelados e curatelados.

Esta medida possui muita validade, porque assegura que o direito do outro não sofra nenhum prejuízo em consequência de umas das partes, quando na realização de uma ou outra união matrimonial, esteja com intenção de apropriar-se de bens que não teria direito de recebê-los.

A segunda hipótese constitui o tema da presente monografia, sendo a situação em que o maior de 70 (setenta) anos pretende se casar, com isso a legislação tenta acautelar e proteger o idoso, atribuindo a este uma certa vulnerabilidade. Porém, ao realizar tal imposição há uma discriminação do idoso, pois na verdade atribui a ele uma incapacidade.

Além disso, o Estado argumenta que buscou a proteção dos terceiros e dos filhos do idoso, tendo em vista que supostamente o idoso estaria vulnerável a pessoas que aproveitariam desta situação, aplicando o que se conhece como “golpe do baú”, pois segundo os defensores desse regime de casamento, como passar dos anos a pessoa torna-se mais carente, o que facilita uma aproximação às vezes indesejada.

---

<sup>49</sup> Diniz, Maria Helena **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 263.

<sup>50</sup> BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 269.

Ao limitar o direito de escolha dos nubentes, e, sendo o Direito de Família composto por normas cogentes, esta norma se torna imposição do Estado diante de uma situação que deveria prevalecer à vontade dos nubentes.

É o que leciona Sílvio Rodrigues:

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, serem pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio de regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo.<sup>51</sup>

Vale salientar, que ao entrar em vigor o Código Civil de 2002, foi instituído o regime de separação obrigatória de bens para maiores de 60 (sessenta) anos, porém em 2010, foi alterada a redação do referido texto de lei, elevando tal idade para 70 (setenta) anos. Mas na verdade a esperança era que tal imposição fosse retirada da legislação para preservação integral da vontade das pessoas.

Apesar do argumento utilizado por defensores de tal regime de casamento para maiores de 70 (setenta) anos, este está maculado por inconstitucionalidade material, violando diversos princípios e direitos constitucionalmente expressos, o que ficará bem nítido com a explanação mais adiante colocada.

E por fim, a terceira hipótese imposta pela legislação para que seja realizado o casamento pelo regime de separação obrigatório de bens, em que este dispõe às situações em que para a realização do casamento se faz necessária a autorização judicial, como por exemplo, o casamento para menor de 14 (quatorze) anos, quando envolver gravidez; na hipótese dos nubentes estarem na idade núbil, porém há discordância na autorização dos pais etc.

---

<sup>51</sup> RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil / *Direito de Família* v. 6, 28 ed. Atlas São Paulo, 2004. p. 197.

### CAPÍTULO III – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

A imposição trazida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, e introduzida pela lei como uma medida considerada protetiva, pois, faz uma presunção equivocada em relação a capacidade do idoso quanto a escolha do regime de bens em que visa contrair.

Tal norma, além disso, é considerada inconstitucional,<sup>52</sup> por determinar uma imposição na adoção do regime de bens no casamento, simplesmente pelo fato da idade dos nubentes, reputando uma restrição à liberdade de escolha e contrariando princípios constitucionalmente previstos.

Vejamos o posicionamento de Maria Berenice Dias diante desta situação:

A limitação à autonomia da vontade por impedimento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.<sup>53</sup>

A autora visa demonstrar a inconstitucionalidade do artigo, pois esta norma civil ignora as ideias pretendidas pelo princípio constitucional da Igualdade. Como se a pessoa com idade superior a setenta anos, não tivesse motivos, igual às demais pessoas com idade inferior, para decidir sobre a escolha do regime de bens que irá reger a união dos nubentes.

O fato da lei julgar o indivíduo, como hipossuficiente para a escolha do regime de bens do seu casamento, cria um certo preconceito, quando o trás para uma realidade que não parece ser a mais adequada e razoável, de falta de experiência e esclarecimentos, manipulando e não tratando-o com o respeito que se de um ordenamento justo.

Enfim, a imposição contida na norma infraconstitucional, é uma afronta aos princípios constitucionais, como verá futuramente ao longo do presente trabalho, apontando-se incoerente e não seguindo a linha dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>52</sup> A inconstitucionalidade desta norma é defendida por Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias na obra de ***Direito das Famílias***.

<sup>53</sup> Diniz, Maria Helena ***Curso de direito civil brasileiro***, volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009. p. 190.

### 3.1 Princípios Agredidos pelo Regime de Casamento Obrigatório imposta ao maior de 70 (setenta) anos.

Antes mesmo de adentrarmos aos princípios frontalmente agredidos, necessário se faz trazer a noção do que é princípio constitucional, sua função e a sua importância para o ordenamento jurídico.

Princípio Constitucional vem a ser o ponto inicial, o fundamento, a fonte ou início, a concepção de um ideal, de uma norma necessária, para o surgimento de outras normas no ordenamento jurídico.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Princípio jurídico, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.<sup>54</sup>

Além de servir de base para formulação de outras normas, serve como referência para dirimir problemas em função da desarmonia do ordenamento, como também de orientar a interpretação da aplicação de normas, serve como meio supletivo em função da falta de norma, regular e estrutura organizacional do Estado e projetar as leis a sociedade.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 desempenham relevante função no texto Constitucional (função teleológica ou diretiva), por orientar a ação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), demarcando seus limites e sua atuação. Fala-se, neste ponto, em Constituição dirigente, uma vez que, da criação da lei até a sua aplicação e integração, deve se observar o conteúdo dos princípios fundamentais emanados da Constituição que condicionam e determinam o processo legislativo e a aplicação da lei. Daí, inclusive, colocar-se a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios fundamentais, circunstância que acentua ainda mais a sua força jurídica, e não apenas ética ou valorativa.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição./Kildare Gonçalves Carvalho. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 365.

<sup>55</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição./Kildare Gonçalves Carvalho. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 662.

Nesse sentido diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Enfim, embora a palavra princípio apareça com sentido diversos, é ela indispensável à Ciência e à Filosofia e, no Direito, seu significado não difere dos acima mencionados, nomeadamente em Direito Constitucional, por envolver a ideia da Constituição como norma suprema e condicionante de todo ordenamento jurídico, que dela retira se fundamento de validade.<sup>56</sup>

Cabe ao princípio constitucional, também, impedir a utilização de norma, que contrarie o plano resultante de sua criação, através do controle de constitucionalidade, e de acordo com os meios oferecidos, pelo ajuizamento das ações constitucionais.

Agora com a total capacidade de compreensão do que é o significado do princípio e sua importância no ordenamento jurídico, adentraremos nos princípios relacionados ao trabalho com a imposição do artigo 1.641, inciso II do Código Civil.

Os principais princípios em que se refere total agressão pelo regime de casamento imposto ao maior de 70 anos é o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da intimidade e da não discriminação.

Iniciaremos o estudo pelo princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, integrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na Busca por um Estado Democrático de Direito.

Tal princípio é norteador de todos os demais princípios, conforme entendimento da doutrina Maria Berenice Dias, no que segue:

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.<sup>57</sup>

Sendo assim, nota-se que o indivíduo deve ser o centro de todos os direitos, e no que tange o direito de família de norma saudável é essencial para a construção de uma sociedade justa, assim, todos os núcleos familiares devem receber tratamento igualitário.

É importante demonstrar que tal princípio é a base de todas as relações

---

<sup>56</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. ***Direito Constitucional***. Teoria do Estado e da Constituição./Kildare Gonçalves Carvalho. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 665.

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. ***Manual de direito das famílias***. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 123.

pessoais, com o objetivo de preservar os direitos da personalidade do indivíduo, sendo um atributo essencial inerente ao homem.

Portanto, quando o Estado interfere na vontade do idoso maior de 70 anos quanto ao regime de bens que irá reger a sua relação patrimonial, este afronta a personalidade do mesmo, como também viola a vontade deste.

Outro princípio fundamental a ser abordado, é o da Liberdade, este trazido de valor fundamental e trazido como referência para todo o ordenamento jurídico, sendo que, qualquer norma infraconstitucional deverá seguir o posicionamento estipulado por esse princípio, para que não haja desarmonia entre normas, e principalmente, desrespeito ao valor ideológico consagrado pelo mesmo, estando este constitucionalmente previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal,. Tal princípio assegura a pessoa humana, o direito de livremente regular as suas vontades.

Para entendermos o conceito de liberdade, nas palavras do constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.<sup>58</sup>

O direito à liberdade está intimamente ligado a autonomia da vontade, onde as pessoas podem livremente se reger conforme as suas vontades, desde que cada um respeite os limites trazido pela legislação.

A obrigatoriedade na escolha do regime de separação obrigatória de bens na constituição do casamento da pessoa com 70 anos ou mais, por si só, mostra que contraria o princípio fundamental constitucional da Liberdade, pois não permite a livre adoção do regime, trazendo em seu bojo a ‘presunção de uma incapacidade do idoso para tal escolha, sem considerar que muitas vezes poderá haver benefícios como felicidade, realização pessoal, financeira, etc.

Nesse entendimento temos Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias:

---

<sup>58</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição./Kildare Gonçalves Carvalho. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 667.

Sem dúvida, é um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e a razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais.<sup>59</sup>

O Estado, ao determinar o regime de separação obrigatória de bens ao casamento para maiores de 70 anos, invade os limites da vontade da pessoa, pois tenta impor ao idoso que o mesmo é vulnerável para discernir quanto à realidade dos fatos, obrigando-o aceitar os ditames e a vontade do Estado.

A Constituição da República, inseriu no seu ordenamento, a ideia de liberdade como princípio fundamental, sendo orientador para a criação de todas as leis.

É o que diz o nosso texto constitucional em seu artigo 5º, caput:

Artigo 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes.<sup>60</sup>

O princípio supracitado, tem uma função essencial no ordenamento constitucional, pois este é colocado como um dos princípios fundamentais para o desenvolvimento da vida do ser humano.

É de suma importância falar, que o princípio da Liberdade não possui somente a ideias de permissão de certos atos do indivíduo, mas a realização plena destes mesmos, com a finalidade de proteção, desenvolvimento e integração deste dentro da sociedade.

Com relação ao casamento, a vontade é o principal elemento na relação, pois a relação somente irá se desenvolver se ambos os cônjuges desejarem, preservando a liberdade de escolha do casal.

Portanto, a escolha do regime de casamento, deve estar livre para que os cônjuges escolham qual o regime que deve reger a sociedade conjugal, não cabendo ao Estado, por mais que a pessoa tenha mais de 70 anos de idade.

Enfim, a elaboração de uma lei cível perfeita, deverá se realizar por meio da verificação do projeto idealizado pelo princípio constitucional, para que possa ser garantida a cidadania e a realização moral do indivíduo; e que as normas dispostas

---

<sup>59</sup> Farias, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 253.

<sup>60</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p.06.

na Constituição da República, de forma que não transponha as suas limitações decorrentes do princípio da Liberdade.

O terceiro princípio a ser abordado, é o da Igualdade, também colocado como referência e base para elaboração do nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 5º inciso I da Constituição da República.

É o que diz o nosso texto constitucional em seu artigo 5º, inciso I:

Artigo 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.<sup>61</sup>

Tal princípio, assim, como o da Dignidade da Pessoa Humana, vem a ser uma peça de direção de todas as normas infraconstitucionais do ordenamento pátrio. Sendo o legislador, impossibilitado de produzir uma norma que não acompanhe a menção do princípio supracitado.

Nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidade virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminar não se esqueça, porém, que as chamadas liberdades matéricas têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>62</sup>

A ideia de igualdade introduzida pela Constituição da República, é fazer com que as pessoas na sociedade tenham as mesmas oportunidades, respeitando as diferenças, evitando tratamento desigual, em relação à sua natureza, à religião, política, raça, classe social, idade e etc.

---

<sup>61</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 06.

<sup>62</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. 28 ed. São Paulo: atlas, 2012. p. 177.

De acordo com a Constituição da República, a Igualdade deve ser interpretada em dois sentidos: o da Igualdade Material e o da Igualdade Formal.

No primeiro sentido, o da Igualdade Material, demonstra-se o tratamento dado a todos os indivíduos deve ser colocado com igualdade no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades. A Igualdade Material, busca a equiparação de todos os indivíduos sob todos os aspectos, inclusive jurídico.

No sentido de Igualdade Formal, que apresenta a igualdade de todos perante a lei, esta impõe ao legislador, a tarefa de não formular normas, que concedam privilégios a uma classe em detrimento à outra.

É fundamental para o trabalho, relacionar a norma cível contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil ao conceito de Igualdade Material.

Pois, é importante esclarecer que a norma infraconstitucional, contraria a ideia do princípio tratado, quando obriga à pessoa com 70 anos ou mais a se casar num regime de bens, que nada contribui com o desenvolvimento pessoal e tampouco patrimonial dos nubentes.

A norma constitucional resguarda princípios, que tem por objetivo a concretização dos valores fundamentais de vida do ser humano, portanto a norma cível não pode estabelecer um estado de desqualificação da pessoa, pois cria uma discordância em relação ao texto constitucional.

Sendo assim, o regime de separação obrigatória imposta ao maior de 70 anos, agride frontalmente o princípio da igualdade, pois a legislação não atribui o mesmo tratamento a todos os indivíduos, haja vista que cria uma incapacidade para o idoso.

Portanto, diante de todos os princípios analisados, verifica-se que há forte agressão ao direito do idoso maior de 70 anos, pois há uma imposição de vontade da legislação, o que acarreta nítida violação do princípio da Intervenção mínima que veda ao ente estatal intervir nas relações de família.

### **3.2 Análise do Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/03)**

O Estatuto do Idoso desempenha um grande papel no direito civil, pois veio proporcionar ao cidadão com idade avançada, conforto e segurança para os seus anseios. Veio ainda, mostrar à sociedade que se pode envelhecer com dignidade, já que “velho” em tempos anteriores, era tido no sentido pejorativo de decadência ou

inutilidade.

Veja o que diz o Estatuto do Idoso no seu artigo 10, parágrafos 2º e 3º:

Artigo 10 – É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direito civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.<sup>63</sup>

O referido Estatuto conseguiu elencar as garantias de propriedade do Estado e da sociedade com os idosos, da mesma forma que impediu qualquer discriminação, violência, crueldade e opressão para com eles.

Tal norma, ainda trouxe no seu ordenamento, outras garantias como: prioridade para aquisição de casa própria, prioridade no andamento das ações judiciais, descontos em atividades culturais de lazer, isenção e redução de tarifas nos transportes públicos e entre outros vários benefícios que lhes foram proporcionados, por fim, procurou fazer com que o idoso se inclua com mais confiança na sociedade.

Assim dispõe o Estatuto do Idoso em seus artigos 23,38 e 71:

Artigo 23- A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

Artigo 38- Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiários com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, [...] <sup>64</sup>

Artigo 71- É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), em qualquer instância.<sup>65</sup>

Denota-se então que a função do Estatuto é funcionar como uma carta de

<sup>63</sup> BRASIL, Estatuto do Idoso. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.139.

<sup>64</sup> BRASIL, Estatuto do Idoso. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.141.

<sup>65</sup> BRASIL, Estatuto do Idoso. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.145.

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, buscando dar a eles a posição de cidadão efetivo na sociedade, através de uma participação ativa.

Contudo, se analisarmos a norma cível que proíbe o indivíduo septuagenário quanto a escolha de regime de bens de seu casamento, observamos que esta mesma não se direciona junto com o Estatuto supracitado, pelo fato de não acompanhar a mesma linha filosófica de inserção e proteção da pessoa idosa, assim demonstrada pelo mesmo.

É evidente que a imposição do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, coloca a pessoa com setenta anos ou mais, numa situação de degradação da sua dignidade, não pretendida pelo Estatuto.

Nesse sentido, a proibição trazida pelo Estatuto do Idoso contra toda e qualquer discriminação aplica-se também à proibição elencada no artigo 1.641, II do Código Civil, a qual tem caráter amplamente discriminatório.

### **3.2.1 Capacidade Civil do Idoso**

A capacidade civil das pessoas encontra-se regulamentada pelo Código Civil, sendo que o rol trazido pela legislação é taxativo, pois a incapacidade civil não pode ser presumida, mas sim decorre da vontade da lei.

A lei apenas determina que são absolutamente incapazes o menor de 16 anos, conforme estabelece o artigo 3º, do Código Civil, no que segue:

Artigo 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de (dezesesseis) anos.<sup>66</sup>

E no artigo 4º, do mesmo diploma legal, temos os relativamente incapazes, no que dispõe:

Artigo 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

---

<sup>66</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 157.

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.<sup>67</sup>

Nota-se que não há no rol de absolutamente incapazes e relativamente incapazes a figura do idoso maior de 70 anos.

A legislação ao impor o regime de separação obrigatória para o maior de 70 anos está criando uma nova forma de incapacidade, haja visto que trata esse indivíduo como um incapaz de discernir a realidade dos fatos.

Portanto, mesmo com mais de 70 anos, o idoso é absolutamente capaz para exercer os atos da sua vida civil, seja para contrair núpcias por qualquer um dos regimes de bens, seja para praticar outros tipos de negócio, possuindo, portanto, a capacidade plena, sem a necessidade de auxílio para a prática dos seus atos.

Nessa esteira, a lei ao estabelecer a necessidade do idoso contrair núpcias sob o regime obrigatório de bens, decreta de forma arbitrária a interdição/curatela do mesmo, sem que seja procedido de nenhuma análise do Poder Judiciário para aferir a incapacidade dessa pessoa; é o mesmo que dizer que o idoso maior de 70 anos não pode se casar de forma livre, pois não possui capacidade suficiente.

Quanto a capacidade civil do idoso, Fábio Ulhoa afirma que

A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada na idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses. Se, pressentindo a proximidade do fim, quiser gastar considerável volume de suas reservas patrimoniais em atividades de pura diversão e lazer, poderá fazê-lo sem que os descendentes ou outros eventuais sucessores tenham direito de impedi-la. Não se pode considerar pródigo àquele que, não tendo responsabilidade pelo sustento e educação de mais ninguém, gasta ludicamente as economias construídas durante a vida.<sup>68</sup>

Ao impor o referido regime de bens para o maior de 70 anos, o Estado viola a autonomia da vontade e a autonomia privada do indivíduo.

Tal imposição é desproporcional, pois o Estado não observa o devido processo legal para impor tal sanção sobre o indivíduo, caso fosse uma medida necessária, deveria ao menos ser precedido de um processo para verificar a lucidez

---

<sup>67</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 157.

<sup>68</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, Família; Sucessões, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p.192.

do idoso, ou deveria ao menos ter a opção dessa submissão ao Poder Judiciário para autorizar que o casamento fosse realizado sob a égide de outro regime de bens.

## Considerações Finais

Tornou-se evidente na presente monografia, que o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que instituiu o regime da separação obrigatória de bens às pessoas com setenta anos ou mais, trata-se de uma norma inconstitucional, incoerente e injustificável.

A norma cível, como todas as outras normas, deve ser elaborada sob a ótica da Constituição da República, lei maior de todo nosso ordenamento jurídico, com intuito de garantir que os princípios fundamentais constitucionais sejam devidamente respeitados e aplicados, permitindo assim o desenvolvimento pleno do indivíduo na sociedade.

A restrição imposta pela referida norma cível, coloca o septuagenário como absolutamente incapaz, tomando como base a idade avançada, desconsiderando os princípios do ordenamento jurídico como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Liberdade e Igualdade.

Ainda, conforme abordado, o legislador agiu de forma arbitrária, pois presumiu uma certa incapacidade sem que ao menos o idoso maior de 70 anos fosse submetido a algum tipo de perícia para que pudesse aferir a incapacidade do mesmo.

Analisando-se o conceito de personalidade e capacidade, é possível concluir que o maior de setenta anos de idade não pode, por este único motivo, ser tolhido em sua capacidade de fato.

Afinal, para que isso aconteça, necessário se faz o ajuizamento de ação de interdição, na qual a incapacidade e a ausência de discernimento para protagonizar atos da vida civil deverão ser comprovados.

E mais, a norma cível estabelece uma distinção não adequada, visto que, não há necessidade de diferenciação em relação aos outros indivíduos, nesse caso específico, diferente dos casos tratados pelo Estatuto do Idoso, pois este último, quando faz diferenciações o faz para a melhoria da qualidade de vida da pessoa idosa, portanto, aplicando-se o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, o resultado obtido será diferente daquele defendido pelo princípio fundamental constitucional da Igualdade.

O referido dispositivo é, sem dúvida, discriminatório e atenta contra direitos individuais dos septuagenários, alegando protegê-los de pessoas mal intencionadas,

como se esses cidadãos fossem incapazes, tão somente por ostentarem a idade avançada.

Com isso, podemos afirmar que o legislador apenas utilizou de critérios patrimoniais para impor tal regra ao idoso, assim, afastou as questões sentimentais, trazendo a ideia de que o idoso não tem o direito de amar e de constituir uma família. Porém, tal ideia deve ser rechaçada, pois o idoso possui todo o direito de ser feliz, haja vista, em consequência de sua longevidade, possui experiência e conhecimento que não justificaria uma restrição desarrazoada.

Ademais, verifica-se a forte discriminação incumbida aos idosos, impedidos de exercerem seus direitos pelo fato de terem atingido determinada faixa etária, como também são alvo de preconceito, quando ao induzimento de presunção de incapacidade, haja visto que a mesma fere princípios fundamentais constitucionais.

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, passou-se ao estudo da inconstitucionalidade do dispositivo supramencionado, onde foi possível perceber que sua aplicação aos casamentos celebrados por pessoas com idade igual ou superior a setenta anos, demonstrando-se atentatória a não um, mas vários outros princípios e regras constitucionais.

O presente trabalho conseguiu comprovar a inconstitucionalidade do artigo 1.641 inciso II do Código Civil imposta pelo legislador, haja visto que afronta diretamente diversos princípios constitucionais, entre outros importantes direitos previstos na legislação, como é o caso da vedação a discriminação do idoso trazido pelo Estatuto do Idoso.

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.

Todavia, com o aumento da idade de 60 (sessenta) para 70 (setenta) anos, tal imposição continua a violar princípios constitucionais acima retromencionados, revelando-se numa inconstitucionalidade, fazendo-se necessário o afastamento da norma em questão, conforme defende Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Em suma, até que aconteça a revogação da norma citada, cabe aos

legitimados para o exercício do controle difuso, suscitar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, zelando pelos princípios constitucionais e fazendo valer as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Código Civil Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Estatuto do Idoso. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição./Kildare Gonçalves Carvalho. 21ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** : Parte Geral, volume 1 / Fábio Ulhoa Coelho. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil** : Direito de Família e Sucessões, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Diniz, Maria Helena **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5 : direito de família / Maria Helena Diniz. – 24. Ed. Reformulada – São Paulo : Saraiva, 2009.

Farias, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Novo Dicionário Aurélio**. 4. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2000.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6. Direito de Família. 15ª ed. Revista Ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva,2018.

MORAIS, Alexandre de. ***Direito Constitucional*** / Alexandre de Moraes. 28 ed. São Paulo: atlas, 2012.

Monteiro, Washington de Barros, ***Curso de direito civil***, ed.42, v. 2 Direito de Família. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. ***Instituições de Direito Civil***. volume V. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense,2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. ***Direito de Família***. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.