



ANA PAULA PIRES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

UNIVAP – UNIVERSIDADE DO VALE DO PARAÍBA

Faculdade de Direito

São José dos Campos – SP

2016

ANA PAULA PIRES

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Universidade do Vale do Paraíba.

Orientadora: Professora Denise Passos da Costa Plínio.

UNIVAP – UNIVERSIDADE DO VALE DO PARAÍBA

Faculdade de Direito

São José dos Campos – SP

2016

PIRES, Ana Paula. A Inconstitucionalidade Do Regime De Separação Obrigatória De Bens Para Maiores De 70 Anos. 57 folhas. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Vale do Paraíba, São José dos Campos - SP.

Banca Examinadora:

Prof. Denise Passos da Costa Plínio:
UNIVAP – Faculdade de Direito

Prof. _____ :
UNIVAP – Faculdade de Direito

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, por processo fotocopiador ou transmissão eletrônica.

Aluno: _____

Data: _____

AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiramente a Deus, por me conceder forças para concluir esta etapa.

À minha família, principalmente meus pais Carlos Antonio Pires da Silva e Marta Castro da Silva, e minhas irmãs Camila Pires da Silva e Bianca Cristina Pires da Silva.

Aos meus queridos amigos que estiveram comigo nesta caminhada, Roberta Guimarães, Paulo Roberto, Augusto Vieira e Amanda Oliveira.

À excelente professora Denise que fez parte dessa jornada, e que sou extremamente grata.



“Tudo o que um sonho precisa para ser realizado é alguém que acredite que ele possa ser realizado.” (Roberto Shinyashiki)



TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Paraíba, a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Ana Paula Pires
Graduando

São José dos Campos – SP

2016

RESUMO:

O presente trabalho tem como finalidade abordar as questões que envolve o regime de separação obrigatória de bens para o maior de 70 anos de idade, haja vista que a legislação impõe uma certa incapacidade ao idoso.

O tema será analisado de forma sistemática com todo o ordenamento jurídico pátrio, bem como será realizada a análise das decisões dos tribunais pátrios.

Por fim, o trabalho terá como principal foco comprovar que o idoso de qualquer idade possui condições para discernir acerca da sua vontade de casamento, pois não há idade para amar.

Palavras chave: Inconstitucionalidade. Casamento. Princípios. Idoso.

ABSTRACT

This study aims to address the issues surrounding the mandatory separation of property regime for most of 70 years, given that the legislation imposes a certain inability to the elderly.

The theme will be analyzed systematically with all the Brazilian legal system, and will be held to review the decisions of patriotic courts.

Finally, the work will primarily focus on proving that the elderly of any age has the means to discern about your marriage will, because there is no age for love.

Keywords: unconstitutionality. Marriage. Principles. Old man.

SUMÁRIO

1	- INTRODUÇÃO	1
2	- CASAMENTO	2
3	- HISTÓRIA DO CASAMENTO NO MUNDO.....	3
4	- HISTÓRIA DO CASAMENTO NO BRASIL	10
5	DOS IMPEDIMENTOS E SUSPENSÕES PARA O CASAMENTO	25
5.1	DOS IMPEDIMENTOS PARA O CASAMENTO.....	25
5.2	- DAS CAUSAS DE SUSPENSIVAS.....	28
6	- DOS REGIMES DE BENS DOS CASAMENTOS.....	33
6.1	- DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS.....	34
6.2	- DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS.....	35
6.3	- DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS	36
6.4	- DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS	37
7	- DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – ART. 1641, II CC.....	38
8	- DA CAPACIDADE CIVIL DO MAIOR DE 70 ANOS E O ESTATUTO DO IDOSO.....	41
9	- PRINCÍPIOS AGREDIDOS PELO REGIME DE CASAMENTO OBRIGATÓRIO PARA O MAIOR DE 70 ANOS	47
10	- CONCLUSÃO	50
11	- REFERÊNCIA	52

1 - INTRODUÇÃO

Ao longo do trabalho de conclusão de curso será abordado o tema da inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos de idade.

Os aspectos da referida inconstitucionalidade terão como principal discussão, a violação de direitos e garantias individuais da pessoa humana, apontando antinomias dentro do sistema jurídico brasileiro.

O regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos tem previsão no artigo 1.641, II, do Código Civil. Conforme restará demonstrado, tal imposição legal afronta toda a ordem jurídica constitucional, haja vista que viola diversos direitos e garantias trazidas pelo poder constituinte originário.

É possível afirmar, que ao aplicar tal dispositivo nos tempos atuais é o mesmo do regredir no tempo.

O sistema imposto ao maior de 70 anos de idade está deixando claro que a pessoa quando atinge esta idade já não possui comando sobre as suas vontades, mesmo que esta pessoa seja absolutamente capaz para praticar outros atos da vida civil.

Portanto, o presente trabalho irá abordar possível solução para que seja sanado o vício de inconstitucionalidade encontrado no regime de separação obrigatório de bens para maiores de 70 anos, apresentando argumentos e fundamentos, com base na doutrina, na legislação e na jurisprudência dos tribunais brasileiros, os quais confirmarão o vício de inconstitucionalidade.

Por fim, buscará respostas para os seguintes questionamentos: 1- O fato de possuir idade avançada torna uma pessoa incapaz de exercer a sua vida civil? 2- A idade irá diminuir o sentimento afetivo? Além disso haverá diversos questionamentos a ser respondidos.

2 - CASAMENTO

Antes mesmo de adentrarmos na seara do surgimento do casamento se faz necessário o entendimento da sua terminologia, bem como o significado radical da palavra, no ensinamento de Maria Helena Diniz, a definição do casamento é a seguinte:

É vínculo jurídico entre homem e mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. Trata-se, portanto, da união do homem e da mulher com a legitimação da autoridade civil ou religiosa¹

Ao esmiuçarmos o conceito trazido pela fabulosa doutrinadora, encontramos um ponto que deve ser retificado, eis que a partir de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132, reconheceu a união homoafetiva. Com isso, a expressão “homem e mulher” deve ser lida como “união de pessoas”

Aponta a autora, que tal união recebe a legitimação de uma autoridade, demonstrando que para haver algum tipo de efeito na esfera jurídica como via de regra o casamento deve seguir um processo com diversas formalidades, essenciais para validade do matrimônio.

¹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 104.

3 - HISTÓRIA DO CASAMENTO NO MUNDO

Na história da humanidade, diversos foram os motivos que deram origem ao casamento, em especial a intervenção religiosa, que se propagou no decorrer dos anos e como consequência tornou-se uma prática cultural entre os povos, além disso, passou tal prática a ser vista como um mecanismo social desenvolvido para realizar negócios jurídicos entre as famílias dos nubentes, conforme veremos adiante.

Há diversas passagens bíblicas que mostram a ideia de que deveria haver uma união entre homem e mulher na busca de perpetuar a raça humana. Vejamos:

Porém, antes de adentrarmos nos assuntos bíblicos, revelando as passagens que deixam evidentes as necessidades da criação de um mecanismo que unisse as pessoas, é necessário apontar que a união hoje não deve mais se levar em conta apenas o casamento entre homem e mulher, mas sim, a união entre pessoas que possuem o desejo de constituir uma família, tal tema já teve a sua abordagem realizada anteriormente, mas se faz necessário reforçar tal ponto da discussão.

Em Gênesis, capítulo 1, versículo 26 ao 28, Deus aponta a criação do homem e da mulher, como macho e fêmea, remetendo-nos a ideia de procriação, no que segue:

*E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa
semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos
céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se
move sobre a terra.
E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou;
homem e mulher os criou.
E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e*

enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra.²

Também, há no próprio livro de Gêneses, no capítulo 2, versículo 24, uma passagem que nos remete a ideia de que o casamento liga a pessoas por meio de um vínculo sacramentado, onde duas pessoas irão formar um novo organismo social, conforme segue:

Por isso, o homem deixará pai e mãe e se unirá à sua mulher, e os dois constituirão uma só carne.³

Além da influência exercida pelos ensinamentos religiosos trazidos pelos antepassados, a sociedade de um modo geral, para que houvesse o desenvolvimento completo social, viu-se na necessidade de criar meios para legitimar as uniões. Com isso, começaram a surgir os agrupamentos de pessoas para desenvolver as comunidades e a partir de então, as pessoas dos agrupamentos, se uniram em grupos menores por meio dos vínculos de afinidades e afetividades, fazendo com que surgissem as ligações mais íntimas entre os seres humanos.

Também, viu-se a necessidade da perpetuação da linhagem familiar, com a criação de vínculos sanguíneos e afetivos. Surgiram ainda as preocupações com questões sucessórias, pois caso não houvesse vínculos, dúvidas surgiriam na forma de serem distribuídos os bens do falecido. Portanto, a população necessitava de um mecanismo hábil que satisfizesse os anseios sociais frente às questões familiares.

Outra questão que teve grande relevância para a criação do casamento, foi a questão de sexualidade, pois a busca pela satisfação sexual fazia com que surgissem as gravidezes, as quais poderiam ser questionadas, pois muitas das vezes, assim como ocorre nos tempos atuais, as relações eram mantidas entre pessoas as

²BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: < <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/1>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2016.

³ BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: < <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/1>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2016.

quais sequer possuíam vínculos de sociafetividade, gerando assim, discussão acerca da paternidade.

Eis então que surge o instituto do casamento.

Apura-se que o casamento desde os primórdios da criação das civilizações já era regido por duas leis, assim como ocorre hoje em dia, quais sejam: a lei civil e a lei religiosa.

Até o ano de 476⁴, quando ocorreu a queda do império romano, duas autoridades legislavam sobre o casamento, ou seja, havia duas autoridades competentes para determinar os rituais a serem seguidos nas realizações das cerimônias do matrimônio, sendo responsáveis para tanto as autoridades civis do império e as autoridades religiosas.

O casamento surgiu após a oficialização do cristianismo como sendo a religião oficial do mundo, sendo que a partir de tal fato houve a perpetuação de diversos rituais católicos dentre eles o casamento, o qual expandiu para todas as demais religiões existentes no mundo.

No Código de Hamurabi⁵, o casamento já possuía as suas peculiaridades, tal código constitui a primeira legislação codificada existente no mundo, casamento como regra era monogâmico, porém haveria casos em que o marido podia obter mais de uma esposa, como por exemplo quando a sua esposa não é fértil, assim, poderia o marido trazer para sua residência uma concubina.

⁴QUINTINO. Origem e Significado do Casamento Civil. Disponível em: <http://www.pr.gonet.biz/kb_read.php?num=1273>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

⁵CÓDIGO DE HAMMURABI. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

Na Europa⁶, por volta do ano 1000, o marido poderia ter duas esposas, uma da nobreza, a qual os filhos advindos da união estariam amparados com todos os direitos do casamento, e a outra esposa era uma plebeia, esta por sua vez não possuía nenhum direito. Os rituais eram compostos por grandes eventos de noivados, sendo que estes eram negociados pelos mais velhos sem que houvesse nenhuma interferência dos noivos.

Posteriormente, a sociedade não mais aceitava as formas de casamentos impostas pelos os seus ancestrais, ou seja, não mais aceitava o casamento poligâmico. Com isso começa a surgir por volta do século X⁷ nos países do Mediterrâneo a proibição de viver em poligamia. Eis que surge a monogamia, com uma ideia de fidelidade e cumplicidade entre os cônjuges.

Além disso, havia no mundo a questão do casamento incesto, que segundo Maria Helena Diniz é:

*Conjunção carnal ilícita entre parentes consanguíneos em linha reta ou colateral até o segundo grau ou entre afins ou adotivos, para que os quais o casamento é proibido, podendo ainda constituir agravante de pena nos crimes contra os costumes.*⁸

Tal prática veio a ser combatida, no início do século VI⁹, sendo proibido o casamento entre os parentes até o quarto grau. Com isso, fez-se com que a população de um modo geral buscasse em novos lugares pessoas compatíveis para se casar, portanto podendo-se afirmar que o combate ao incesto foi um dos fatores para o surgimento das questões multiculturais.

⁶ROUCHE, Michel. Casamento, uma invenção cristã. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/casamento_uma_invencao_crista.html>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

⁷ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 322.

⁹ BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: < <https://www.biblionline.com.br/acf/gn/1>>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

Na Babilônia¹⁰, o casamento era tratado como um negócio jurídico, haja vista que o marido, acompanhado dos seus pais, firmava contrato com a esposa e sua família, entregando certa quantia em dinheiro para o início da sociedade conjugal. Caso não houvesse a assinatura de um contrato, não haveria um casamento. Assim, para que houvesse o casamento era necessário que os pais aprovassem a união, além disso, as famílias trocavam presentes entre si, como prova de aceite e gosto pela comunhão de seus filhos.

No Egito¹¹, o casamento era monogâmico, ou seja, cada pessoa somente poderia se casar com uma única pessoa, com exceção do faraó, que poderia ter várias esposas.

Posteriormente, com a unificação do Alto Egito, tornou-se obrigatória a realização do casamento por meio de contrato. Outro fato interessante diz respeito a exigência de os cônjuges consentirem com o casamento. Surge também, o divórcio, que poderia ocorrer caso houvesse adultério feminino ou esterilidade.

Na Roma Antiga¹², o casamento era visto como um dos principais institutos, pois era necessário a procriação para gerar herdeiros legítimos, a fim de suceder os pais.

Para os romanos, o casamento somente existiria caso houvesse a preservação das afeições entre os cônjuges na busca de uma vida comum, estabelecendo com isso a sociedade conjugal. Porém o casamento para os romanos não era revestido de caráter perpétuo, haja vista que era necessário existir vontade

¹⁰ FREITAS, Ana Thereza Ceita de. Delineamento Histórico do Casamento. <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=879>> Acesso em: 23 de janeiro de 2016.

¹¹ ROUCHE, Michel. Casamento, uma invenção cristã. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/casamento_uma_invencao_crista.html>. Acesso em: 23 de janeiro de 2016.

¹² ROUCHE, Michel. Casamento, uma invenção cristã. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/casamento_uma_invencao_crista.html>. Acesso em: 23 de janeiro de 2016.

entre os cônjuges para manutenção da união, caso contrário haveria a extinção do casamento, com a ruptura da união.

É possível concluir que foi em Roma que surgiu a ideia do casamento como sendo uma união afetiva entre as pessoas, sem que houvesse a visão do casamento como sendo uma simples união contratual e financeira, pois verifica-se que as pessoas permaneciam casadas apenas se houvesse o desejo entre as partes; caso contrário não haveria motivos para tanto.

A ideia de família adotada pelo direito romano exerceu grande influência nos modelos adotados em todo o mundo. Tal modelo recebia o nome de “família natural”, sendo aquela formada pela união do homem e da mulher para a formação de uma prole, estando esta ligada por meio de vínculos sanguíneos.

Conforme estudaremos adiante o Brasil, em toda a sua legislação sobre a formação da família adotou de forma indireta o referido modelo de família, porém com o passar do tempo a sociedade foi evoluindo, dando espaço para a formação do vínculo de socioafetividade.

A igreja católica, deslumbrada com o modelo de família adotado pelo direito romano, utilizou-se do mesmo, porém realizou certos ajustes ao modelo para que atendesse aos anseios da igreja tradicionalista.

Para a Igreja, a família “ideal” deveria ser formada pela união do homem e da mulher, os quais dariam origem a uma prole ligada por vínculo sanguíneo, porém, diferente do que acontecia no direito romano, o matrimônio seria algo sagrado, onde jamais poderia haver o seu rompimento. Assim, uma vez sacramentado pela Igreja, esse vínculo deveria perdurar eternamente até que a morte o findasse.

Com o Direito Canônico, a Igreja impôs as suas vontades sobre as regras dos matrimônios, trazendo a ideia de que era a única entidade habilitada para criar as regras do casamento.

Conforme já abordado, a Igreja trouxe a ideia de que o casamento seria um instituto criado e sacramentado por Deus, não sendo possível sua dissolução pela simples vontade dos homens, ou seja, não seria possível a realização do divórcio.

Para que houvesse a extinção do casamento, a Igreja criou a anulação do casamento: como não era possível divorciar, houve a necessidade de criar algum mecanismo capaz de dissolver o matrimônio que estivesse maculado de alguns vícios, porém a anulação somente poderia existir caso não houvesse a consumação da prática sexual entre os nubentes.

Diante de todo o exposto conclui-se o casamento ao longo da história sofreu grandes alterações, com fortes aperfeiçoamentos legislativos ou até mesmo social.

4 - HISTÓRIA DO CASAMENTO NO BRASIL

No Brasil, observa-se que o instituto do casamento sofreu diversas alterações desde o seu surgimento.

Nos primórdios dos tempos, o casamento surgiu com a ligação entre o homem e a mulher no período da colonização portuguesa, fato este que aponta como sendo um dos primeiros registros do enlace no país.

A história aponta que o casamento no Brasil serviu como forma de sedimentação da sociedade portuguesa que estava vivendo nas terras colonizadas, pois o instituto surge como uma forma de promover ligações entre as pessoas com o objetivo de criar novas células sociais.

A igreja católica exerceu grande influência no desenvolver do instituto, conforme aponta a história de um modo geral, como regulamentadora do casamento no mundo todo, pois sacramentou o instituto como sendo algo enviado por Deus, o qual jamais estaria sujeito ao rompimento pelo homem.

A igreja no período colonial criou os Tribunais Eclesiásticos¹³, ou seja, Tribunais que julgariam os comportamentos das pessoas que viviam em sociedade e assim, caso os comportamentos das pessoas não atendessem os anseios da sociedade, haveria um julgamento. Em relação ao casamento quando as pessoas viviam uma vida afetiva sem que estivessem unidas, o Tribunal determinava que tais casais deveriam se unir por meio do casamento ou promover a separação.

Além disso, D. João, ao chegar nas terras brasileiras viu-se na necessidade de efetuar a civilização dos povos. Mas por ser um trabalho árduo, determinou que a questão da obediência deveria ser desenvolvida no seio família, por meio do poder familiar, surgindo assim a ideia de família como sendo a base da sociedade, a qual formaria homens de bem para colonização do país.

¹³ PIMENTEL, Helen Uihôa. O Casamento no Brasil Colonial: em ensaio historiográfico. <<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/2641/2191>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

Para a formação do corpo administrativo do império, eram escolhidas para o compor, aquelas pessoas que se enquadravam no padrão ordenado, ou seja, eram escolhidas aquelas pessoas que já possuíam um núcleo familiar, porém eram excluídas as meninas e mulheres.

Tendo em vista que o Brasil acabava de ser colonização, não havia legislação civil que tratava da matéria do casamento, porém o direito português trouxe para o país fortes influências legislativas. Com relação à matéria do casamento, seu primeiro tratamento legislativo ocorreu nas Ordenações Filipinas¹⁴, que era um texto legislativo editado pelo Reinado, e que o referido texto foi aplicado no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Nas Ordenações Filipinas, entendia-se que em todo casamente, os cônjuges eram meeiros entre si, ou seja, os bens seriam dos dois de forma igualitária, ou seja, o regime de bens adotado pelo texto legal era o do Regime de Comunhão Universal de Bens, comungando-se bens presentes e futuros dos cônjuges.

Além disso, havia na legislação duas formas de casamento, a primeira era ela do “marido conhecido”¹⁵, ou seja, a união tornava-se pública, porém não havia nenhum tipo de cerimônia presidida por autoridades religiosas; tal modalidade é muito parecida com o que conhecemos de União Estável; a segunda forma era a que estaria sujeita a um ritual religioso, como é o caso dos casamentos religioso, os quais eram realizados por autoridades autorizadas pela Igreja.

A legislação ainda determinava que para haver o casamento, a mulher necessitava de autorização do rei, caso não fosse solicitada a referida autorização, a mulher perderia os seus bens de forma integral para a corte.

¹⁴ Blake, Sacramento. Dicionario bibliographico brasileiro. Rio de Janeiro : Typ. Nacional, 1883-1902. v. 2., p. 36-37. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

¹⁵ VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania da. O Instituto do Matrimônio nas Ordenações Filipinas: Os Efeitos de Sentido de “Casamento” na Legislação Portuguesa Aplicada no Brasil. Disponível em: <<http://www.linguasagem.ufscar.br/index.php/linguasagem/article/view/60/97>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

A Corte também previa na legislação, que o esposo ao prestar fiança de certos negócios, caso fizesse sem que a esposa concordasse, não poderia dar a parte dos bens pertencentes a esta para fiar, havendo com isso uma proteção para com os bens da esposa.

Em relação aos textos constitucionais, todas as Constituições Federais brasileira trataram de temas relacionados às famílias e casamentos, vejamos:

Com a emancipação do Brasil da coroa do reinado de Portugal, é outorgada a primeira Constituição Federal no ano de 1824, cujo texto tratou do tema família de um modo mais restrito, abarcando apenas como seria desenvolvido a família imperial, não abrangendo a família como um núcleo social, no que dispõe:

Art. 105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de "Principe do Grão Pará" todos os mais terão o de "Principes". O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de "Alteza Imperial" e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Principes terão o Tratamento de Alteza.

Art. 106. O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permittem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos dados aos Principes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio.

Art. 110. Os Mestres dos Principes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional.

Art. 111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos.

Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.

Art. 113. Aos Principes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam.

Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.

Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas acquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.¹⁶

¹⁶ BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

A Constituição de 1824 aprovou uma ampla e total liberdade para que a igreja católica coordenasse as questões ligadas à família, como vimos anteriormente. Nesse período houve a criação de tribunais eclesiásticos, o que leva à conclusão de que era a Igreja que ditava as regras a serem seguidas para a celebração dos casamentos.

A Professora Maria Helena Diniz, na sua obra Curso de Direito Civil brasileiro¹⁷, no volume referente ao estudo da família, expõe que por muitos anos a igreja católica foi quem exercia os ditames do direito matrimonial, pois houve a edição de um decreto que determinava que os matrimônios seriam realizados com base no direito canônico.

Porém, como houve o desenvolvimento de outras crenças religiosas, houve a necessidade da criação de outros meios que abrangessem todas as pessoas que necessitavam se casar. Foi então que em 1861, editou-se uma lei que seria percussora da legislação civil referente ao casamento, haja vista que até então o Brasil estava sendo regido pelas Ordenações Filipinas, as quais permaneceram até o ano de 1916, com a edição do Código Civil.

O decreto de 1861 criou apenas outras modalidades de casamento. Assim as pessoas que não eram católicas também poderiam se casar.

Posteriormente, em 1891, foi promulgada a nova Constituição Federal, essa por sua vez, tratou do tema casamento de forma direta, conforme segue:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

[...]

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.¹⁸

A partir do texto acima, verifica-se que houve uma ruptura entre a relação Igreja-Estado, pois houve o reconhecimento do casamento civil como ato oficial e privativo do Estado, portanto mesmo que houvesse o casamento religioso, haveria a necessidade do casamento civil para produzir os efeitos jurídicos.

Durante a vigência da referida Constituição houve a promulgação do Código Civil de 1916¹⁹, o qual possuía um forte caráter machista, pois o texto retratava o que era vivenciado a época, quando a maioria das mulheres eram vistas como meio de reprodução e de cuidados domésticos.

O texto de 1916 trazia em seu bojo que o homem era quem exercia de forma individual o poder familiar (pátrio poder, nomenclatura da época), inclusive exercia poder sobre a sua esposa, haja vista que com o casamento a mesma tornava-se relativamente capaz, dependendo de assistência do esposo para exercer os atos da vida civil.

Segundo o Código Civil, após o casamento todos os membros da família, de forma obrigatória deveriam utilizar o nome do chefe familiar, para se identificar perante

¹⁸BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1891. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Promulga Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

a sociedade. Além disso, para que fosse reconhecido o núcleo familiar como legítimo, era necessário que houvesse a realização do casamento.

No tocante a ruptura da união, o casamento era indissolúvel, sendo possível, com isso, somente o desquite; mesmo que o casal não mais desejasse permanecer casados estariam obrigados a continuar unidos, pois a legislação não previa a dissolução da união.

No que diz respeito ao regime de bens, havia o Regime de Comunhão Universal; Regime de Comunhão Parcial; Regime de Separação Total e o Regime de Separação Obrigatória, o qual será objeto de estudo do presente trabalho.

Retornando a abordagem do estudo das constituições, em 1934, foi promulgada a nova Constituição Federal, a qual surgiu a partir da revolução constitucionalista de 1932.

O referido texto constitucional, tratou do assunto referente a família em quatro artigos, no que segue:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Art 145 - A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção às condições regionais do País.

Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no

processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único - Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os Juízes Criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art 147 - O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.²⁰

A partir da análise da nova ordem constitucional que se iniciava, houve uma nova roupagem nas questões ligadas ao casamento.

Nota-se que a Constituição Federal determinou que houvesse a proteção do Estado em relação à família, além disso, manteve a ideia de que o casamento era indissolúvel.

Em relação à celebração do casamento, deveria ser realizada perante a autoridade civil competente, porém o casamento realizado perante a autoridade religiosa poderia receber efeitos civis caso houvesse a sua habilitação.

Posteriormente em 1937, houve a outorga de uma nova Constituição, sendo que o texto tratou do tema em quatro artigos, conforme segue:

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

²⁰ BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.²¹

Com essa nova ordem constitucional, houve a imposição de que o Estado deveria oferecer proteção integral à família propriamente dita, porém a educação dos filhos seria de responsabilidade integral dos pais, mas nesse ponto o Estado iria subsidiar a referida educação.

Ainda nesse texto ficou reconhecida a igualdade entre os filhos, estendendo a todos os mesmos direitos, criando obrigações para os pais em relação a todos dos filhos.

Por fim, a Constituição trouxe em seu bojo a proteção integral para o menor, criando o dever para que o Estado promova cuidados especiais para a infância e a juventude, tal ordem constitucional reconheceu o direito essencial da criança.

Posteriormente, em 1946, uma nova ordem constitucional se iniciava, e igualmente tratou do tema, conforme segue:

²¹BRASIL, Constituição (1937). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art 164 - É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa.

Art 165 - A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cujus.²²

Houve a imposição constitucional de que o casamento era indissolúvel, e que o casamento religioso poderia receber efeitos civis, caso assim fosse requerido.

Com relação à proteção, a Constituição determinou que houvesse a proteção assistencial para a família, desde o nascimento até a vida adulta.

Em 1967, houve a outorga da nova Constituição, porém o tema família foi praticamente replicado da Constituição de 1946, conforme segue:

²² BRASIL, Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.²³

Posteriormente, em 1969, com a Ditadura Militar em seu auge, houve a outorga da Emenda Constitucional nº 1, a qual trouxe novo tratamento as questões relacionadas à família, no dispõe:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9. de 1977)

§ 2º O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e

²³ BRASIL, Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

prescrições da lei, o ato fôr inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, fôr inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º Lei especial disporá sôbre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sôbre a educação de excepcionais.²⁴

O texto original não trouxe nenhuma novidade, porém em 1977, houve a introdução da possibilidade da dissolução do casamento, sendo que tal situação não era permitida até então.

Nota-se que apesar de existir a possibilidade de dissolução do casamento, seria necessária a edição de uma lei a qual regularia as questões da dissolução, foi então que em dezembro de 1977, houve a edição da lei do divórcio²⁵, trazendo em seu bojo as regras para tanto, sendo que uma das principais exigências era a separação judicial por mais de três anos.

Por fim, em 1988, o país estava se redemocratizando, e com isso houve a promulgação da nova Constituição Federal, a qual trouxe uma maior proteção a família, seja em relação ao casal ou para a prole, conforme segue:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

²⁴ BRASIL, Emenda Constitucional nº1 de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 1967. Brasília: Senado, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

²⁵ BRASIL. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.²⁶

Apesar da nova Constituição ser mais protetiva, havia a necessidade de aprimorar, eis que o Estado ainda estaria maculado com a ideia tradicional de família. Nota-se que houve diversas emendas constitucionais, destacando-se a emenda nº 66 de 2010, que colocou fim na obrigatoriedade de o divórcio ser precedido da separação judicial.

Houve também, uma importante mudança no texto do artigo 226, §3º, do referido texto, haja vista de o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre

²⁶ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, como isso deixa de ser apenas união entre homem e mulher, passando a ser a união entre pessoas.

Diante de todo o estudo realizado sobre as evoluções legislativas, nota-se que o constituinte sempre buscou oferecer algum tipo de proteção para a entidade familiar, haja vista que na maioria das Constituições houve a imposição ao Estado de proteger a família que até bem pouco tempo, era sinônimo de casamento.

5 DOS IMPEDIMENTOS E SUSPENSÕES PARA O CASAMENTO

Tendo em vista que o presente trabalho possui como tema central o regime de separação obrigatória de bens, se faz necessário entendermos todos os demais regimes de bens, inclusive com as suas peculiaridades, como, por exemplo, os impedimentos para a realização do casamento, bem como as causas suspensivas para a sua realização.

5.1 DOS IMPEDIMENTOS PARA O CASAMENTO

O legislador tratou do tema no artigo 1.521, do Código Civil, conforme segue:

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.²⁷

²⁷ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

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.

A abordagem dos temas de impedimentos ocorre em relação aos parentescos, seja consanguíneo, por afinidade ou por afetividade, além disso tratou de aspectos criminais.

O inciso I do artigo, trata da proibição do casamento entre os ascendentes com as descendentes, seja por parentesco natural ou civil. A questão de ascendentes e descendentes busca a vedação do casamento entre parentesco da linha reta de modo geral, pois vedou o casamento entre pessoas vinculadas de forma jurídica, ou seja, em decorrência do matrimônio, de forma natural que são os casos de filiação fora do casamento e por vínculo de afinidade, que são os casos de adoção, como, por exemplo, filhos, netos, bisnetos, entre outros.

O inciso II do artigo, diz respeito aos parentescos por afinidade na linha reta, que é a proibição do casamento com sogro e sogra. É importante ressaltar que esta proibição se restringe apenas ao primeiro grau, pois o parentesco por afinidade não gera outro tipo de parentesco com a próxima classe, salvo quando na constância da união.

O inciso III, apenas reforça a ideia posta no inciso I, haja vista que veda o casamento entre parentesco que surgem em decorrência da adoção, deixando certo que o vínculo da adoção é o mesmo criado pelo vínculo biológico, fazendo desaparecer a ideia de que o vínculo de sangue é mais importante do que o socioafetivo.

O inciso IV, veda o casamento entre irmãos, sejam eles germanos, uterinos ou consanguíneos, além disso, estipula a vedação do casamento entre parentes na colateral até o terceiro grau. Porém, a questão de casamento entre parentes na colateral de até terceiro grau tornou-se relativo, haja vista que se houve parecer médico de dois geneticistas, sendo favoráveis ao casamento este será plenamente aceitável,

haja vista que não trará nenhum prejuízo para a futura prole, tal situação vem prevista no decreto-lei 3.200/41.

O inciso V, novamente reforça a ideia de que o vínculo criado pela adoção é idêntico ao vínculo criado pela relação de consanguinidade, haja vista que proíbe o casamento entre os irmãos adotivo; tal situação equipara-se a prevista no inciso IV, o legislador acaba por ser redundante, haja vista que tal previsão já se encontra inserida no inciso anterior.

O inciso VI, buscou a preservação do casamento monogâmico, pois se houvesse a permissão do casamento entre pessoas casadas mesmo que já separadas de fato tornaria uma situação de poligamia. Porém, tal regra é relativa, pois a jurisprudência permite que pessoas casadas estabeleçam união estável, desde que separadas fática ou judicialmente; assim, é possível afirmar que houve uma flexibilização em relação a regra.

Por fim, o inciso VII, tratou de questões penais, haja vista que veda o casamento do cônjuge supérstite, caso este tenha sido condenado por homicídio do “de cuius”, porém tal situação apenas abarca as situações em que houve o homicídio doloso para contrair novas núpcias. Vale ressaltar que mesmo que ocorra a prescrição do crime o impedimento irá persistir, haja vista que o impedimento está relacionado a pessoa do cônjuge e não em relação a aspecto criminais.

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 jurídico, salvo as hipóteses em que a legislação permite o casamento, como é o caso do casamento entre colaterais de terceiro grau, nos termos acima explicados.

As causas de impedimentos, quando forem 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 - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - por infringência de impedimento.²⁸

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 impedimento após a efetivação do casamento, caberá ao Ministério Público, como fiscal da lei, apresentar o pedido de anulação, ou ainda a qualquer interessado, conforme artigo 1.549, do Código Civil.

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

5.2 - DAS CAUSAS DE SUSPENSIVAS

Com relação as causas suspensivas para o casamento, o legislador tratou do tema no artigo 1.523, conforme segue:

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;

²⁸ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

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.²⁹

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.

No inciso I, 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, poderá 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.

²⁹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

No inciso II, buscou a preservação de uma paternidade consciente, ou seja, buscou a certeza da paternidade da criança que poderia nascer no período de dez meses após o rompimento da união, haja vista que em caso de contrair novo casamento, poderia haver a dúvida se o filho seria do primeiro ou do segundo esposo.

No inciso III, novamente houve uma preocupação com relação aos bens, porém neste caso a preocupação ocorre em relação aos próprios cônjuges, tendo em vista que poderia ocorrer uma confusão de patrimônio, não sendo possível distinguir quais eram os bens que seriam partilhados e quais surgiram do novo matrimônio.

No inciso IV, o legislador buscou fazer com que o tutor ou curador, cumpra fielmente o ônus dos institutos, fazendo com que estes apresentem todas as prestações de contas. Neste caso houve uma preocupação de que o tutor ou curador pudessem fazer esconder uma má gestão por trás do matrimônio.

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

Diferente do que ocorre com as causas de impedimentos, em que a sua não observância irá geral 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.

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

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.*³⁰

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. Havendo alegação no prazo, deverá suspender a cerimônia e aplicar o regime de separação obrigatória de bens, nos termos do artigo 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;

[...]³¹

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 I, do artigo 1.523, do Código Civil, neste caso poderá haver a hipoteca pelos filhos sobre os imóveis dos pais que resolveram 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;

[...]³²

³⁰ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

³¹ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

A lei 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.

³² BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

6 - DOS REGIMES DE BENS DOS CASAMENTOS

Antes de adentrarmos ao tema, se faz necessário realizarmos uma breve definição do que vem a ser o regime de bens do casamento, e para melhor definição extraímos a apontada pela Professora Maria Helena Diniz, que define como sendo:

Conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do matrimônio. Regem, portanto, as relações patrimoniais entre marido e mulher, sob a afeição de regime: de comunhão parcial, de comunhão universal, de participação final nos aquestos e de separação de bens (legal ou convencional).³³

Nota-se que na definição trazida pela ilustre doutrinadora houve a indicação de todos os regimes de bens presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é possível concluir que os regimes de bens servem apenas para regularizar as situações do patrimônio dos nubentes, haja vista que cada um dos regimes irá gerar diferentes regras, que irão reger a condução patrimonial durante a união e especialmente com o fim desta, seja pelo divórcio ou pela morte.

Em todos os regimes de casamento se faz necessária a constituição do pacto antenupcial, salvo quando o casal optar pelo regime de comunhão parcial de bens. Neste caso, a lei trouxe o referido regime como regra, reconhecendo-o como regime legal de bens.

O pacto antenupcial vem disciplinado nos artigos 1.653 e seguintes do Código Civil, tal objeto deverá ser feito por meio de escritura pública, sendo assim, há uma solenidade obrigatória, além disso, tal pacto somente irá produzir efeitos jurídicos caso venha ocorrer o casamento, portanto, conclui-se, que há uma eficácia condicionada.

É importante lembrar, que o referido pacto para que produza efeitos perante terceiros, será necessário que haja o registro no Cartório de Registro de Imóveis,

³³ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 498.

diferente do que ocorre com o casamento, que é realizado perante ao Cartório de Registro de Pessoas Naturais.

Havendo algum tipo de nulidade ou sendo o pacto ineficaz, será aplicada a regra do regime de comunhão parcial de bens, haja vista que a legislação determina que este é o regime de bens em caso de não haver estipulação de outro.

Quanto a administração dos bens do casal, a legislação determina que ambos os cônjuges administrarão os bens comuns, salvo no regime de separação de bens, pois nesse caso cada um será responsável pelos seus bens.

Há, no entanto, limitações acerca da disposição dos bens do casal em caso de regime de bens diferente do regime de separação obrigatória nenhum dos cônjuges poderá comprometer o patrimônio do casal sem que haja a outorga do outro. Assim, caso um venha a praticar ato sem a outorga do outro, o prejudicado poderá este pleitear a anulação do ato pelo prazo de até 02 (dois) anos após a dissolução da sociedade conjugal.

A partir do regime de casamento que haverá a disposição em relação ao concurso sucessório, principalmente com relação do cônjuge sobrevivente em relação aos descendentes.

Passamos a análise dos regimes de bens de forma específicas.

6.1 - DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Para que seja aplicado tal regime de bens, é necessária a convenção de pacto antenupcial, haja vista que não se trata do regime de bens trazido pela lei como a regra.

Tal regime encontra-se disciplinado nos artigos 1.672 e seguintes do Código Civil, e não possui uma grande efetividade e aplicabilidade no país.

Para esse regime de bens, durante a união haverá a aplicação da regra do regime de separação total de bens; assim, cada um dos cônjuges administrará os seus bens de forma exclusiva, podendo inclusive dispor dos bens sem anuência do outro, porém quando houver a dissolução do casamento, será aplicada a regra da comunhão parcial de bens, partilhando-se todos os bens adquiridos na constância da união.

A doutrina aponta que tal regime de bens é conhecido como híbrido, haja vista que durante a união o casamento será regido pelas regras próprias de um regime de casamento e na dissolução do casamento, pelas regras de outro.

Não haverá partilha dos bens trazidos pelos cônjuges, ou os que foram adquiridos por meio de doações ou sucessões, bem como, as dívidas oriundas de tais bens, assim como a regra do regime de comunhão parcial de bens.

No momento da sucessão, os bens adquiridos antes do casamento constituem patrimônio particular, com isso não integram o monte a ser partilhado.

6.2 - DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

No referido regime de bens, haverá também a feitura de pacto antenupcial, caso contrário não será possível a aplicação de tal regime de bens.

Quando há a opção pelo regime de comunhão universal de bens, haverá a comunhão de todos os bens e todas as dívidas do casal, com exceção daqueles apontados pontualmente pela legislação. Neste caso, não será levado em consideração o momento da aquisição dos bens, ou seja, se a aquisição dos bens ocorreu antes ou depois do casamento, haja vista que tudo irá comunicar, mesmo que os bens tenham sido doados ou sejam objetos de sucessão.

Porém a lei possibilita que sejam excluídos os bens que sejam doados com cláusula de incomunicabilidade, ou seja, tal cláusula protege os bens, evitando que tais bens sejam incorporados no patrimônio do casal.

Além disso, também serão excluídas do monte de bens do casal as dívidas que foram adquiridas antes do casamento, comprovando-se que o outro cônjuge não se beneficiará do objeto da dívida.

Como tal regime de bens é de livre convenção, poderão constar no pacto antenupcial quais bens que estarão excluídos da partilha.

No que tange a sucessão, o cônjuge supérstite não será herdeiro, haja vista que é meeiro de todo o montante dos bens adquiridos anteriormente e posteriormente ao casamento, nessa modalidade de regime inexistem os bens particulares, salvo aqueles expressos no artigo 1.668 do Código Civil, conforme já abordado, bem como os bens que foram trazidos com cláusula de incomunicabilidade.

6.3 - DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O Regime de Comunhão Parcial de bens é aquele em que serão partilhados dos os bens adquiridos pelo casal após a data do casamento; assim todos os bens que foram adquiridos anteriormente ao casamento não serão partilhados em caso de dissolução do casamento.

Essa modalidade de regime de bens, também é conhecida como regime legal, haja vista que se os nubentes não realizarem o pacto antinupcial optando por outro tipo de regime, este será o aplicado.

Nessa modalidade de regime de bens também não haverá a comunicação dos bens advindos por meio de sucessão ou doação a um dos cônjuges, além disso não se comunicarão os bens objetos da sub-rogação dos bens particulares e as dívidas particulares de cada um dos cônjuges, salvo se as dívidas forem revertidas em proveito do casal.

Com relação à sucessão, a legislação prevê que haverá a concorrência entre o cônjuge supérstites e os descendentes. Nessa modalidade de regime, há dois tipos

de bens, os particulares de um e de outro cônjuge e os bens comuns, havendo divergência doutrinária de como seria efetivada a partilha sucessória. Certo é, contudo, que o cônjuge viúvo ostenta a qualidade de meeiro e herdeiro, restando para a discussão qual a extensão de sua participação na herança.

6.4 - DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS

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 dispôr ou onerar sem que haja a necessidade da anuência do outro cônjuge.

O texto legal é omissivo quanto aos 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 segue:

*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*³⁴

Para que seja instituída tal modalidade de regime, faz-se necessária a confecção do pacto antenupcial.

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

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 30 de julho de 2016

7 - DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – ART. 1641, II CC

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

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

Quando houver a sucessão dos bens, o cônjuge supérstite não concorrerá com os descendentes. Porém, se não houver descendentes, como nos demais regimes haverá a concorrência com os ascendentes e na falta destes, mesmo no regime de separação obrigatória de bens, o cônjuge irá herdar na integralidade.

Paulo Lobo, em sua obra Famílias³⁵, defende que o regime de separação total de bens, vem para promover a igualdade de gêneros, onde ambos exercerão a guarda de seus bens de forma separada.

Quando houver as causas trazidas pela legislação, obrigatoriamente deverá ser aplicado o regime de separação total de bens, por isso surge o nome de separação obrigatória de bens, pois a legislação determina que assim seja, portanto não haverá escolha dos nubentes.

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)

³⁵ LOBO, Paulo. Famílias, São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª edição, p. 331.

*III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.*³⁶

A primeira hipótese está relacionada a não observância das causas suspensivas de casamento, sendo as previstas no artigo 1.523 do Código Civil.

A segunda hipótese constitui o tema principal do presente trabalho, sendo a situação em que o maior de 70 anos pretende se casar, com isso a legislação tenta acautelar e proteger o idoso, atribuindo a este uma suposta vulnerabilidade. Porém, ao realizar tal imposição legal 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, com o passar dos anos a pessoa torna-se mais carente, o que facilita uma aproximação às vezes indesejada. .

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 anos, porém em 2010, foi alterada a redação do referido texto de lei, elevando tal idade para 70 anos, mas na verdade a esperança era que tal imposição fosse retirada da legislação para preservação integral da vontade das pessoas.

Apesar do lobby dos defensores de tal regime de casamento para maiores de 70 anos, este está maculado por inconstitucionalidade material, violando diversos princípios e direitos constitucionalmente, 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 o regime obrigatório de bens está relacionado às situações em que para a realização do casamento se faz necessária a autorização judicial, como por

³⁶ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2016.

exemplo, o casamento para o menor de 14 anos, quando envolver gravidez; na hipótese dos nubentes estarem na idade núbil, porém há discordância na autorização dos pais etc.

8 - DA CAPACIDADE CIVIL DO MAIOR DE 70 ANOS E O ESTATUTO 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:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.³⁷

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

Art. 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;

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

IV - os pródigos.³⁸

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

³⁷ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2016.

³⁸ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 de agosto de 2016.

A legislação civil ao impor o regime de separação obrigatória para o maior de 70 anos está criando uma nova forma de incapacidade, haja vista 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.

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 precedido 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 casar-se de forma livre, pois não possui capacidade suficiente.

Ao impor o referido regime de bens para o maior de 70 anos, o Estado viola a autonomia da vontade ou autonomia privada da pessoa, que é nas palavras de Francisco Amaral:

A autonomia privada é o poder que os particulares tem de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art.170) e na liberdade contratual (CC art.421)³⁹

A autonomia da vontade ou privada, nada mais é do que o exercício da liberdade de escolha que o indivíduo possui para desenvolver as suas relações em sociedade, como é o caso do casamento, que possui uma natureza contratual, em que as partes de comum acordo se reúnem para constituir família e reger os seus bens por uma comunhão.

³⁹ MARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

O Estado ao impor tal regime de casamento não observou que o idoso vem a cada dia participando das questões sociais de forma ativa, o que afasta a ideia de uma pessoa com capacidade reduzida e com fragilidade para manter relações com a finalidade de constituir uma família, pois o amor não possui idade.

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 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.

Com relação ao Estatuto do Idoso, introduzido pela lei 10741/2003, os artigos 1º; 2º e 3º “caput”, expõem seus objetivos para a proteção do idoso, conforme segue:

Art. 1o É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2o O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.⁴⁰

⁴⁰ BRASIL. Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

Observa-se que a norma é extremamente protetiva ao idoso, assegurando os direitos trazidos pela legislação, bem como preservando dignidade moral, com todas as liberdades inerentes a pessoa humana. Porém, o Estado restringe tais direitos para o maior de 70 anos, fazendo que esse perca a sua liberdade plena com relação ao casamento.

Além disso, no artigo 4º do mesmo diploma legal, há a garantia de que o idoso não poderá ser discriminado, conforme segue:

Art. 4o Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1o É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2o As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 5o A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.⁴¹

A partir da análise do referido texto de lei, imagina-se que todos os idosos deveriam ter a sua dignidade preservada pelo Estado, haja vista que há uma norma extremamente protetiva, a qual impõe sanções para as pessoas que a descumprem. Porém a realidade é totalmente diferente, pois o próprio Estado discrimina o maior de 70 anos, pois determina um regime de casamento que pode fugir da vontade do mesmo.

A doutrina aponta que tal a legislação busca a proteção do idoso, evitando que o mesmo seja ludibriado e coloque em risco os seus bens, como é o caso do professor Carlos Roberto Gonçalves, que diz:

⁴¹ BRASIL. Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

*a restrição é de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico*⁴²

Porém, tal justificativa não é plausível, haja vista que o fato de ser idoso não significa que não possui condições de averiguar a intenção da outra pessoa; além disso, os bens quando existem é da própria pessoa e desde que respeite a legítima, poderá ela dispor deles da forma que melhor entender. Portanto, inadmissível a alegação de proteção econômica, pois a própria legislação admite a disposição de bens.

Além da legislação civil prever o direito da pessoa de dispor do seu patrimônio desde que respeite a legítima, há também no ordenamento jurídico a Lei de Política do Idoso, a qual entrou em vigor por meio da lei 8.842/94 e que em seu artigo 10, §1º, prevê a possibilidade do idoso dispor dos seus bens, conforme segue:

Artigo 10

[...]

*§ 1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.*⁴³

Nota-se que a única vedação para que o idoso não disponha dos seus bens da maneira que desejar é no caso de a incapacidade ser comprovada na via judicial e para que isso ocorra será necessário ter havido um processo transparente, respeitando o contraditório e a ampla defesa, mas não da maneira em que a legislação impôs, obrigando o Regime de Separação .

Porém o Supremo Tribunal Federal, de forma muito inteligente, com a intenção de minimizar os efeitos do Regime de Separação de bens, editou a Súmula

⁴² GONCALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, vol.6. São Paulo:Saraiva, 2013

⁴³ BRASIL. Lei n.º 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

377, onde os bens que foram adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados em virtude dos esforços em conjuntos do casal.

A medida adotada pelo STF é muito justa, pois também não é plausível que o casal mantenha uma união, onde há uma somatória de esforços e, quando do fim da sociedade conjugal, aquele que mantenha os bens em seu nome fique com a totalidade deles.

9 - PRINCÍPIOS AGREDIDOS PELO REGIME DE CASAMENTO OBRIGATÓRIO PARA O MAIOR DE 70 ANOS

Os principais princípios agredidos 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 humana, sendo que tal encontra-se respaldo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, integrando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, na busca por um Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade humana é o norteador de todos os demais princípios, conforme entendimento da doutrinadora 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 constitucional⁴⁴

Nesse sentido, nota-se que o indivíduo deve ser o centro de todos os direitos, e no que tange o direito de família o princípio é de suma importância, pois o desenvolvimento da família de forma saudável é essencial para a construção de uma sociedade justa, assim, todos os núcleos familiares devem receber tratamento igualitário.

O princípio da dignidade humana é a base de todas as relações pessoais, com objetivo de preservar os direitos da personalidade do indivíduo, sendo um atributo essencial inerente ao homem.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

Portanto, quando o Estado interfere na vontade do idoso maior de 70 anos quanto ao regime de casamento, está agredindo a personalidade do mesmo, violando também a vontade deste.

Outro princípio violado é o da liberdade, estando este constitucionalmente protegido no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal. Tal princípio assegura a pessoa humana, o direito de livremente regular as suas vontades.

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 trazidos pela legislação.

Porém o Estado, ao determinar o regime de casamento de separação obrigatória 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 a aceitar os ditames e a vontade do Estado.

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.

Princípios como da Liberdade, Intimidade, Dignidade e Não discriminação, todos de envergadura constitucional.

O regime de casamento de separação obrigatória, agride frontalmente o princípio da igualdade, pois a legislação não atribui o mesmo tratamento a todos, haja vista que cria uma incapacidade para o idoso maior de 70 anos.

Vale ressaltar, que o Estatuto do Idoso, trouxe em seu bojo a proibição da discriminação deste público, porém o Estado de forma arbitrária relativiza o direito de igualdade do maior de 70 anos, impondo uma regra diferenciada para o casamento ao presumir uma redução do discernimento do 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.

10 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, desde a análise do processo evolutivo do direito de família, onde o núcleo social da família recebeu uma grande proteção pelo legislador, bem como pelo poder constituinte originário, haja vista que em praticamente todas as Constituições Federais, sejam elas promulgadas ou outorgadas, deu tratamento para proteção das famílias.

Outro ponto discutido no trabalho, foram as questões envolvendo os regimes de casamentos existentes no país, bem como as suas peculiaridades no que contende os impedimentos, suspensões, anulações e nulidades para o matrimônio.

Porém, a principal discussão do trabalho ligada a questão do regime de separação obrigatória de bens para o maior de 70 anos, onde o legislador atribuiu para essa categoria de idosos uma certa incapacidade acerca do poder de discernimento do idoso com relação ao famoso “golpe do baú”.

O presente trabalho conseguiu comprovar que a imposição do legislador, é algo inconstitucional, haja vista que agride diversos princípios constitucionais, como é o caso do princípio da dignidade humana, princípio da liberdade, entre outros importantes direitos, além disso, agride outros direitos previstos na legislação, como é o caso da vedação a discriminação do idoso trazido pelo Estatuto do Idoso.

Conclui-se que o legislador agiu de forma arbitrária, pois presumiu uma certa incapacidade sem que ao menos o idoso acima de 70 anos fosse submetido a algum tipo de perícia para que pudesse aferir a incapacidade do casamento.

Com isso, podemos afirmar que ao 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, além disso, tem o direito de dispor dos seus bens de forma livre.

Portanto, verifica-se a necessidade de que haja uma nova reforma legislativa, afastando o regime de separação obrigatória para o maior de 70 anos, ou ainda, que haja a apresentação de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para que o Supremo Tribunal Federal analise a questão frente as questões constitucionais envolvidas, pois é visível a inconstitucionalidade de tal norma, haja vista que o idoso tem o direito de ser respeitado mesmo que a sua idade já esteja avançada, pois idade avançada não pode ser interpretado como incapacidade de discernimento.

11 - REFERÊNCIA

_____. O casamento, origem, história, significados e mudanças – Parte 1. Disponível em: <<http://www.contrapondeideias.net/2013/04/o-casamento-origem-historia.html>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016

ROUCHE, Michel. Casamento, uma invenção cristã. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/historiaviva/reportagens/casamento_uma_invencao_crista.html>. Acesso em: 22 de janeiro de 2016.

VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania da. O Instituto do Matrimônio nas Ordenações Filipinas: Os Efeitos de Sentido de “Casamento” na Legislação Portuguesa Aplicada no Brasil. Disponível em: <<http://www.linguasagem.ufscar.br/index.php/linguasagem/article/view/60/97>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

Blake, Sacramento. Diccionario bibliographico brasileiro. Rio de Janeiro : Typ. Nacional, 1883-1902. v. 2., p. 36-37. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em: 23 de março de 2016.

TAPIA, Eloisa Veloso Rodriguez. O Conceito Jurídico De Família Nas Constituições Brasileiras De 1824 A 1988: Um Estudo Histórico-Historiográfico. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/14679/9424>> Acesso em: 25 de março de 2016.

_____. O que são impedimentos para o casamento? Quais são?. Disponível em: <<http://www.escolalivrededireito.com.br/o-que-sao-impedimentos-para-o-casamento-quais-sao/>>. Acesso em: 27 de março de 2016

_____. Impedimentos matrimoniais e causa suspensivas. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/12035/material/Impedimentos%20matrimoniais.pdf>> Acesso em: 27 de março de 2016

_____. Regime de bens no casamento. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/389/Regime-de-bens-no-casamento>> Acesso em: 27 de março de 2016

_____. Na comunhão parcial, cônjuge só tem direito aos bens adquiridos antes do casamento. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5650/Na+comunh%C3%A3o+parcial,+c%C3%B4njuge+s%C3%B3+tem+direito++aos+bens+adquiridos+antes+do+casamento>> Acesso em: 29 de março de 2016

OLIVEIRA, Jane Resina F. de. Regime de separação de bens e suas peculiaridades. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI196355,81042-Regime+de+separacao+de+bens+e+suas+peculiaridades>> Acesso em 04 de abril de 2016

NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Nevares-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>> Acesso em 04 de abril de 2016

TAISSUN, Amin Seba. O regime de separação obrigatória de bens: Restrições à súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.fasete.edu.br/revistarios/media/revistas/2012/o_regime_de_separacao_obrigatoria_de_bens.pdf> Acesso em 20 de abril de 2016

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; ASSIS, Erica Aparecida de. Idosos e regime de bens no casamento: novo tipo de incapacidade?. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30734/maiores-de-70-anos-e-a-impossibilidade-na-escolha->

de-regime-de-bens-uma-nova-modalidade-de-incapacidade> Acesso em 21 de junho de 2016

FIGUEREDO, Gama Figueredo; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. A (In) Constitucionalidade Da Imposição Do Regime Da Separação De Bens Às Pessoas Com Idade Superior A Setenta Anos. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf> Acesso em: 02 de julho de 2016

LUCAS, Mariana Andrade; OLIVEIRA, Valéria Edith Carvalho de. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=160>> Acesso em: 05 de julho de 2016

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010.

BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: < <https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/1>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2016.

QUINTINO. Origem e Significado do Casamento Civil. Disponível em: <http://www.pr.gonet.biz/kb_read.php?num=1273>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

CÓDIGO DE HAMMURABI. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2016.

FREITAS, Ana Thereza Ceita de. Delineamento Histórico do Casamento. <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=879>> Acesso em: 23 de janeiro de 2016.

PIMENTEL, Helen Uihôa. O Casamento no Brasil Colonial: em ensaio historiográfico. <<http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/2641/2191>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

VIEIRA, Flávia David; SILVA, Edvania da. O Instituto do Matrimônio nas Ordenações Filipinas: Os Efeitos de Sentido de “Casamento” na Legislação Portuguesa Aplicada no

Brasil. Disponível em: <<http://www.linguasagem.ufscar.br/index.php/linguasagem/article/view/60/97>> Acesso em: 28 de janeiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 30 de janeiro de 2016.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Promulga Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1937). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1946). Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Senado, 1946. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Emenda Constitucional nº1 de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 1967. Brasília: Senado, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 30 de julho de 2016.

LOBO, Paulo. Famílias, São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª edição.

MARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

GONCALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, vol.6. São Paulo:Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei n.º 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 05 de agosto de 2016.

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