



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
SIDNEY DIAS JÚNIOR

DIREITO DE FAMÍLIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. N^o 1.641
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Palhoça
2009

SIDNEY DIAS JÚNIOR

**DIREITO DE FAMÍLIA:
INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. Nº 1.641
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.a M.Sc. Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo

Palhoça

2009

TERMO DE ISENÇÃO

Eu, **Sidney Dias Júnior**, na qualidade de acadêmico da Unisul, autor desta monografia, assumo total responsabilidade pelos elementos inseridos, isentando totalmente a minha orientadora de possíveis ações advindas da Legislação vigente relativas às normas para a confecção e a apresentação de trabalhos.

Palhoça, 24 de novembro de 2009.

Sidney Dias Júnior
Acadêmico
112663

SIDNEY DIAS JÚNIOR

**INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. Nº 1.641
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Bacharel em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 24 de novembro de 2009.

Professora e orientadora M.Sc. Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor Denis de Souza Luiz, Especialista
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professora Taís Rosa, Especialista
Universidade do Sul de Santa Catarina

À minha mãe, Benta Coelho Dias, que faleceu em 13 de maio deste ano, aos 90 anos de idade, dizendo que queria ficar boa para poder estar presente em minha formatura. À minha esposa, Glauce mari Heil Dias, por 35 anos de lutas conjuntas. E a toda a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que não acreditaram em minha capacidade de superação, pois serviram de força para que eu pudesse passar por todos os obstáculos nessa caminhada.

Aos meus mestres, que tudo fizeram para que eu pudesse absorver seus conceitos.

À paciência de minha esposa, Glaucemari, em todos os momentos, pois o estudo exige temperamentos diferenciados a cada dia.

Aos meus filhos Fabiano e Francianne, porque para eles eu posso dizer que a minha paz está sendo fruto do estudo.

Ao meu neto e às minhas duas netas, pela beleza da vida que me proporcionam.

Ao genro, à nora, à sogra, às irmãs, às cunhadas e aos cunhados, pois a família é a base de tudo.

Sejamos todos justos e perfeitos, pois somente um homem limpo e puro consegue lapidar sua pedra bruta em prol do conhecimento que levará consigo, exceto aquele que transmitiu aos seus descendentes.

Não penseis que vim destruir a lei ou os profetas; eu não vim destruí-los, mas dar-lhes cumprimento; porque eu vos digo em verdade que o céu e a Terra não passarão antes que tudo o que está na lei não seja cumprido perfeitamente, até um único jota e um só ponto (São Mateus, cap. V, v. 17-18).

À minha orientadora, Professora M.Sc. Anna Lúcia Martins Mattoso Camargo, pela dedicação em todas as disciplinas que leciona nesta instituição, pelo incentivo para nos fazer trabalhar, estudar, pesquisar, e por todas as suas cobranças, pois, em seus atos de transmitir e ensinar conhecimento, esperou sempre o máximo de cada um, elevando, assim, o nível da educação em nosso país.

RESUMO

Por meio de método dedutivo, temos o objetivo de examinar o âmbito de aplicação da regra inserta no inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil, conhecida como cláusula de separação obrigatória. Tal questão demanda análise acurada dos institutos jurídicos que versam sobre a aplicação de tal cláusula da norma, em confronto direto com os princípios constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade entre cônjuges e companheiros, da igualdade na chefia familiar e do princípio da liberdade, entre tantos outros, no que se refere ao direito de propriedade e administração dos bens através do regime que se escolher. São examinadas também as relações intrínsecas do Código Civil brasileiro de 2002 e da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, com a finalidade de explicitar, pelas doutrinas, as posições contrárias a tal dispositivo. Por fim, o estudo da aplicação da norma destina-se a apresentar provas da inconstitucionalidade e da necessidade de sua retirada de tal diploma. Tais análises visam concluir que a constitucionalidade da norma depende das premissas de que se parte, mas se observa que a doutrina sustentadora da constitucionalidade tem por fulcro normas e princípios não explícitos no ordenamento jurídico atual. O povo brasileiro teve, na Constituição promulgada em 1988, um avanço enorme quanto à valorização do ser humano, seus direitos e deveres, bem como sua liberdade de escolha, principalmente no tocante a seus princípios, e não obstante à Lei Maior, que veio estabelecer claramente as regras para todos os homens que vivem em nosso país. Procuramos, através de opiniões e conceitos de doutrinadores e especialistas do Direito, à luz de uma criteriosa leitura, explicitar as razões da permanência desse inciso, com uma sutil diferença, em nosso Código Civil, para admitir ou não a sua aplicação na atualidade, retirando a liberdade de escolha do regime de bens, que são regras para administrar os bens particulares de domínio do casal diante daquelas conquistadas tanto por homens quanto por mulheres em nosso país.

Palavras-chave: Casamento. Regime de bens. Inconstitucionalidade de inciso do Código Civil.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	CASAMENTO	11
2.1	ASPECTOS HISTÓRICOS.....	14
2.2	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	19
2.3	DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES	22
2.4	EFEITOS PATRIMONIAIS	24
3	REGIME DE BENS	27
3.1	REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS	34
3.2	REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS	36
3.3	REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS	39
3.4	REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS	41
4	INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. Nº 1.641 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	44
5	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS.....	58
	BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR.....	61

1 INTRODUÇÃO

Embora o legislador do Código Civil vigente tenha se dedicado a promover, a igualdade entre o homem e a mulher ao determinar uma idade comum a ambos, a partir da qual passa a valer à condicionante, mesmo assim, surgiram críticas severas de diversos juristas e magistrados, quanto a manutenção dessa imposição do regime de separação total.

O regime de bens, conforme o art. nº 1.641, II, do Código Civil (CC), exprime uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação ao direito de liberdade de escolha e administração de propriedade particular, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se arguido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X; e ao art. nº 226, do qual nasce o princípio da liberdade de constituir entidade familiar.

A vida prática dá incontáveis exemplos de pessoas de mais alto discernimento que ultrapassaram os 60 anos de idade, entre elas muitos parlamentares, juízes e desembargadores, que julgarão causas que envolvam, direta ou indiretamente, o inciso II do art. nº 1.641 do CC.

As causas mais relevantes contrárias a esse inciso possuem sede constitucional, pois supor que a pessoa, por ter atingido determinada idade, tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida implica incorrer em patente discriminação, bem como em ofensa ao princípio da dignidade humana.

Diante desse fato, entende-se posta a seguinte indagação-problema: um artigo do Código Civil que retira direitos individuais, colocando em risco o direito à dignidade da pessoa humana e violando o direito à liberdade de consciência e à liberdade de decidir sobre o que lhe aprouver quanto à destinação de seus bens particulares, é inconstitucional?

Temos a pretensão de, à luz de nossa Carta Magna, levantar as divergências dos doutrinadores acerca da aplicação do artigo nº 1.641, inciso II, da Lei nº 10.406, trazendo os aspectos históricos da instituição casamento e apontando sua natureza jurídica. Também classificamos e explicamos os regimes de bens na instituição casamento, sob uma análise crítica dos doutrinadores sobre o casamento

entre pessoas com mais de 60 anos de idade, apontando os aspectos sociológicos no século XXI, à luz da Constituição Federal, jurisprudências e projetos de leis que enfocam dita cláusula.

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, posterior à nossa Constituição Federal, que é de 1988, já emendada por diversas vezes, traz em seu bojo avanços no que tange a mudanças cíveis para a população brasileira, em certos aspectos, mas não supriu outros, pois introduz regras hoje refutadas pela sociedade.

Em sua elaboração, já sob a égide da nova Constituição Federal causou reflexos diretos sobre o cotidiano jurídico do cidadão que vive em nosso país, tratou mais democraticamente homens e mulheres, inclusive abordando assuntos, de ordem pessoal e social, antes não contemplados no Código Civil.

A Lei 10.406/2002 seu art. 1º, afirma que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e, em seu art. 2º, estabelece que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a Lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”,¹ o que faz refletir o doutrinador sobre a tutela imposta no seu bojo, constante do art. nº 1.641, inciso II.

É retrógrado o pensamento do legislador em dar proteção à pessoa com mais de 60 anos de idade nesse sentido?

Destaque-se que, ao longo da aplicação do Código Civil de 1916, foram introduzidos, por meios jurídicos, aspectos que tal diploma não contemplava, tendo sido realizadas mudanças marcantes na vida cotidiana quando de sua implantação.

Como já previsto no Código Civil de 1916, a obrigatoriedade do regime de casamento único para homens com idade superior a 60 anos e para mulheres com idade superior a 50 anos e a argumentação de proteção patrimonial, familiar e conjugal, visando à manutenção da instituição familiar, foram avançando no direito para igualar as pretensões da época em que foi elaborado, dando redação tanto para homens quanto para mulheres à idade máxima de opção livre para o regime de casamento, anterior aos 60 anos de idade, tratando como obrigatório o regime de separação em matrimônios entre pessoas de sexos diferentes após os 60 anos de idade.

Porém, como a medida afastou o efetivo direito constitucional de cada cidadão livre de nosso país, ferindo o princípio da dignidade humana, o princípio da

¹ BRASIL, 1988.

liberdade, implícito em nossa Carta Maior, que estabelece o direito à livre escolha de administração do seu patrimônio pessoal, sob quaisquer aspectos, inclusive suplantando o jurídico, isso tudo visou tutelar direito com o intuito de preservar o bem de família.

É importante se demonstrar que a nossa Constituição Federal é superior a toda e qualquer outra lei, que são inquestionáveis suas cláusulas e inegociáveis suas funções dentro da sociedade, e que, apesar disso, a criação e a aplicação de lei inferior com cláusula ferindo tal diploma vêm sendo questionadas e colocadas sob suspeita, conforme doutrinadores atuais.

A sociedade clama por seus direitos perante a própria proposta do nosso século e a garantia de direito inferido na própria lei que os tolhe. E para que serve o avanço científico da humanidade, se não, também, para cada vez mais dar sobrevida ao ser humano e fazer com que tenha discernimento por toda a sua vida? O homem maduro é cômico de seus deveres, portanto melhoraria ainda mais seu viver se não lhe fosse tolhido o direito de escolher os fins que dará a seu patrimônio material adquirido ao longo de sua vida e com o seu trabalho.

2 CASAMENTO

O ser humano, por natureza, tem a tendência de procurar uma identificação em outro semelhante ou mesmo em alguma outra coisa qualquer, e quando uma pessoa se identifica com outra e dali em diante passa a ter um vínculo social, afetivo, sentimental ou mesmo de negócio com ela, ocorre, assim, a chamada associação humana.

Registra o doutrinador Carlos Celso Orcesi da Costa² que

Nos primórdios dos tempos, o ser humano, destituído de inteligência, como qualquer outro animal, relacionava-se entre si apenas mediante o instituto que o encaminhava à procriação e à preservação da espécie. Através de comandos instintivos o casal se encontra apenas no momento da procriação, atraído pelo instinto, quase sempre em determinada estação do ano. É certo que a união do homem e da mulher não tem apenas essa finalidade, visa também à constituição da família, ao complemento sentimental, ao companheirismo, enfim, à busca de valores inatos ao ser humano, daí porque os dois se unem e seguem juntos, compartilhando alegrias e repartindo tristezas.

Essa associação se dá de diversas formas, no mundo social e no jurídico atual, mas quando ela acontece sob a forma de processo matrimonial, seguindo as formalidades legais para a vivência em conjunto de dois indivíduos de sexos diferentes, conforme estabelece nosso Código Civil, acontece o denominado casamento ou matrimônio.

Ensina-nos o doutrinador Valdemar P. da Luz³ que o casamento ou matrimônio é uma forma de formar sociedade entre pessoas de sexos diferentes, conforme conceitua:

O matrimônio é, antes de tudo, um ato de consenso na forma de celebração, de duas pessoas de sexos diversos, que dá origem a uma união de vida. Conquanto a lei não estabeleça expressamente, o casamento não é concebível senão entre um homem e uma mulher: é da tradição e assim o exige a consciência social.

Sob diversos prismas, pode ser entendimento o casamento entre pessoas físicas e como uma união aceita e aprovada pela sociedade em geral, cuja finalidade é a constituição de um lar, com proles e uma vida comum, pois, ao aceitarem esse

² COSTA, 1987, p. 5.

estabelecimento de convivência sob os olhares do meio em que vivem, estarão cumprindo formalidades do seu meio social, seja ela através de um processo legal, ou mesmo de um casamento por suas religiões, para cumprir uma determinação de sua crença ou mesmo viverem simplesmente em união estável, que é uma forma que tem previsão legal, conforme o art. nº 1.723 do Código Civil.⁴

São vários os doutrinadores que conceituam o casamento e suas formas, mas o tratamento é igual ou se parece, senão vejamos o conceito de casamento para os doutrinadores Flávio Tartuce e José Fernando Simão,⁵ que tratam da seguinte forma:

O Casamento pode ser conceituado como a união de pessoas de sexos distintos, reconhecida e regulamentada pelo Estado, constituída com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto. Na doutrina atual, destacamos o interessante conceito oferecido por Maria Helena Diniz, para quem: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (Curso..., 2005, p. 39).

Vê-se que o doutrinador baseia seu conceito, prevendo condições psicossociais nas relações do casamento, condição precípua para a convivência com o auxílio material e espiritual entre os nubentes, e também afirma que a família vem sendo construída e modificada com o crescimento sucessivo da humanidade, sendo ela uma união de pessoas que vêm formar a família dentro da atual realidade social. Mesmo assim, afirma que normalmente as pessoas passam por rituais tradicionais com um par e adentram em casamentos que julgam durar por toda a vida, pois dessa união aspiram, além dos filhos, às questões relacionadas ao patrimônio, à conquista de bens e acertos para uma convivência entre elas, uma aspiração própria da natureza do homem, ou seja, a de exercitar a sua função social e política na sociedade, pensando até mesmo em sua própria liberdade.

Também para o doutrinador Flávio Tartuce,⁶ existem diferenciações entre os conceitos de casamento:

Destaca-se também o conceito de Paulo Lobo, para quem “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um

³ LUZ, 2009, p. 7.

⁴ Ibid.

⁵ TARTUCE; SIMÃO apud TARTUCE, 2008, p. 53.

⁶ Ibid., p. 54.

homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado" (Famílias..., 2007, p. 76).

Evidencia-se, nesse conceito, a livre manifestação de vontade dos nubentes e também somente o mero reconhecimento do Estado, mediante as formalidades cumpridas para tal finalidade.

Conforme afirma, em sua coluna, Jelson Oliveira,⁷

Épocas se foram em que os noivos, homens, às vezes chegavam até a comprar a noiva para constituir família pelo casamento, isso como um ato de aquisição, uma união forçada onde o homem dominava a mulher, e esse casamento era administrado pelos pais do casal e não por eles propriamente dito. A história do casamento é a história da reprodução da vida, sendo que a ele estiveram associados ritos e significados que expressavam esta preocupação: a pureza e a fidelidade, a família e a reprodução, a bênção e as oferendas, a descendência e a virgindade, o amor e o companheirismo. Alguns ritos religiosos mantêm ainda hoje esta forte simbologia do casamento em relação à preservação da vida, principalmente entre as culturas indígenas.

O amor entre os casais não importava, o que importava na realidade eram a parte financeira do negócio realizado, a parte patrimonial e a estabilidade social. Eles realmente davam uma conotação ao ato de casar e ter como função a criação de filhos e a consequente transmissão da herança aos dependentes.

Como afirma acima Jelson Oliveira,⁸ na atual conjuntura o casamento possui, ainda, um grande significado religioso, mesmo após o advento do novo milênio, ainda como sendo uma festa que expressa o respeito e o amor entre duas pessoas, como também um acontecimento espiritual muito forte, segundo a crença religiosa de cada um.

A atual Constituição Federal, promulgada aos cinco dias do mês de outubro do ano de 1988, contempla direitos e deveres impostos aos cidadãos que vivem em nosso país, não deixando margens a interpretações sob sua aplicabilidade.

Sobre direito de igualdade e liberdade, destaca Johann Wolfgang Von Goethe⁹ que

Todos os homens são iguais em sociedade. Nenhuma sociedade se pode fundamentar noutra coisa que não seja a noção de igualdade. Acima de

⁷ OLIVEIRA, 2009, não paginado.

⁸ Ibid., não paginado.

⁹ GOETHE, 2002, p. 32.

tudo não pode fundamentar-se no conceito de liberdade. A igualdade é qualquer coisa que quero encontrar na sociedade, ao passo que a liberdade, nomeadamente a liberdade moral de me dispor à subordinação, transporto-a comigo.

Fica estabelecido por nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, *in verbis*,¹⁰ que

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

A família antiga, a religião doméstica, o poder paterno, as origens da família, os critérios de parentesco e a constituição da família contemporânea, segundo o que afirma o historiador Antonio Carlos Walkmer,¹¹ têm como base o casamento:

O casamento foi a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica e era considerado um ato dotado de extrema importância e seriedade para ambos os cônjuges, porque não se tratava, na antiguidade, de mera troca de moradia, por parte da mulher, e sim de abandonar definitivamente o lar paterno, para invocar dali em diante os deuses do esposo.

A família, uma das formas mais antigas de sociedade, pode ser analisada sob diversos aspectos sociológicos, o que explicita a atual forma de convivência, guardada as devidas proporções e estabelecidas as devidas regras para cada momento, mas, neste espaço contemporâneo, quase nada mudou.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

O casamento como instituição milenar, instituído naturalmente desde os primórdios, não como na atualidade, que é o contrato entre homem e mulher, em seus direitos à dignidade humana, à liberdade e à igualdade, estabelecendo convívio

¹⁰ BRASIL, 1988.

¹¹ WALKMER, 2004, p. 103.

amoroso e patrimonial, dentro do estabelecido em Lei, na história passou por conceitos, como o do doutrinador Roberto Senise Lisboa,¹² para quem

Casamento é a união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para a constituição de uma família e a satisfação dos seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole. A finalidade do casamento estabelecida na sociedade moderna ocidental e na pós-moderna difere em muito daquela originariamente existente, que passou por uma primeira fase em que o matrimônio possuía não apenas o desiderato de satisfação das necessidades comuns dos cônjuges, mas principalmente a procriação masculina, como meio de segurança e de se proporcionar à expansão. Esse entendimento ganhou força considerando-se que o casamento tem por objetivo o amor e o relacionamento íntimo entre os cônjuges.

Para Roberto Senise Lisboa,¹³ o casamento é a ideia de estabelecer família e satisfazer necessidades recíprocas dos cônjuges, incluídos aí também os interesses patrimoniais.

Marcos Claudio Acquaviva¹⁴ diz que

A palavra casamento vem do latim medieval, "*casamentu*", o matrimônio permite o estabelecimento de uma nova casa. União lícita e permanente do homem e a mulher. Nossa tradição judaico-cristã consagrou o casamento monogâmico, isto é, a proibição de o homem ou a mulher possuírem mais de um cônjuge; entretanto, a antropologia cultural atesta que várias sociedades consagravam, como ainda consagram, a poligamia, gênero que inclui duas espécies: a poligamia (pluralidade de esposas) e a poliandria (pluralidade de maridos).

Como registro de aspectos históricos relacionados ao casamento no Brasil, são muito novas as citações registradas pelos doutrinadores, pois até o ano de 1890 o casamento somente se dava pelas religiões. A prática das sociedades da época era a união das pessoas com a benção da igreja à qual pertenciam, não importando o aspecto jurídico desse contrato, que ficava à margem da Lei.

O doutrinador Valdemar P. da Luz¹⁵ faz o seguinte registro:

No Brasil, até 1890, somente se celebrava o casamento eclesiástico ou religioso. Assim, todos os registros de casamento, nascimento e morte das pessoas, além do registro de propriedade imóvel, eram efetivados junto às igrejas ou paróquias. Portanto até essa data, em face da inexigibilidade do casamento civil, o casamento religioso operava todos os efeitos hoje conferidos pelo casamento civil.

¹² LISBOA, 2006, p. 83.

¹³ Ibid., p. 83.

¹⁴ ACQUAVIVA, 1993, p. 204.

¹⁵ LUZ, 2009, p. 13.

As regras estabelecidas para a época foram advindas do regime português devido à colonização de nosso país, e somente à igreja era dado o poder de casar e registrar pessoas, o que estabeleceu um vínculo religioso e deu características ao ato.

Esclarece ainda Valdemar P. da Luz¹⁶ que

Somente a partir do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, o Estado passou a exigir o casamento civil: Art. 108. Esta lei começara a ter execução desde o dia 21.05.1890, e desta data em diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições. Parágrafo único. O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Decreto n. 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas do casamento antes de qualquer culto, com quem desejem solenizá-las os nubentes.

Consta que, no Brasil até o ano de 1889, era aceitável como única forma de casamento aquele realizado dentro da Igreja Católica, não havendo até o ano de 1861 disposições concernentes ao casamento entre pessoas que não fossem católicas.

Com o advento da Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, foi assim permitido que os casamentos entre pessoas que não professassem a sua fé baseada na religião católica tivessem efeitos civis, mas desde que fossem registrados do modo devido e cujos cultos não fossem contrários aos bons costumes impostos por essa religião e à ordem pública em geral. Sendo assim, para possibilitar o registro desses matrimônios, até então não admitidos no país, foi criado o registro civil, que foi utilizado também, a partir do Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863, para registrar nascimentos e óbitos de não católicos, que não eram permitidos.

Sobre essas restrições e imposições comenta o doutrinador Valdemar P. da Luz:¹⁷

Anote-se que, no início, foi extremamente difícil conscientizar as pessoas e os próprios sacerdotes de que deviam celebrar o casamento civil antes do religioso, como determinava a lei. Tanto que se fez necessário editar o Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890, determinando a penalização do sacerdote que descumprisse a lei: “O ministro, de qualquer confissão, que

¹⁶ Ibid., p. 13.

¹⁷ Ibid., p. 13.

celebrará cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo”.

No Brasil, com o evento da Proclamação da República, criou-se um marco de separação entre o poder do Estado e o poder da Igreja.

Rui Barbosa, no ano de 1890, foi o autor do decreto que aboliu a jurisdição eclesiástica, o que fez com que o único casamento válido passasse a ser aquele realizado perante as autoridades civis¹⁸.

A Constituição Federal do ano de 1891 trouxe, em seu bojo, a obrigatoriedade do casamento civil, quando estabeleceu em seu artigo nº 72, § 4º, que "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".¹⁹

Já no Código Civil do ano de 1916, quando já não mais havia a vinculação da Igreja com o Estado, teoricamente, que foi consolidada desde 1890, conservou-se a herança do direito português naquilo que se refere ao processo de habilitação ao casamento, aos impedimentos, às nulidades e, ainda, à indissolubilidade desse vínculo matrimonial, não havendo progresso nesse sentido.

Já na Constituição de 1934 foi reconhecido o casamento civil indissolúvel, conforme nos ensina Alice de Souza Birchall:²⁰

A Constituição Federal de 1934 já reconhecia o casamento civil, como indissolúvel e de celebração gratuita, e ao mesmo tempo também efeitos civis ao casamento realizado perante qualquer credo, se o rito procedimental não viesse a contrariar a ordem pública e os bons costumes da época, contando que na averiguação dos impedimentos e em todo processo teriam que ser observadas as disposições legais e sendo feita posteriormente a inscrição do casamento no Registro Civil, sendo que esta disposição constitucional regulamentada somente através do Decreto 1.110, de 23/05/1950. A Constituição Federal de 1937 não tratou especificamente do casamento, e limitou-se no seu artigo 124 a estabelecer normas sobre a sua indissolubilidade, ou seja, "A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos".

Com a Constituição Federal de 1946 foi mantida a indissolubilidade do casamento e conferidos todos os efeitos legais não só ao casamento civil, mas também ao casamento religioso, desde que cumpridos os requisitos legais exigidos, dispositivos estes que também foram mantidos pela Constituição de 1967.²¹

¹⁸ JORDÃO, Luciana Ramos. **O direito do companheiro à luz do Código Civil vigente**. 2009, não paginado.

¹⁹ BRASIL, 1891.

²⁰ BIRCHALL, 2009, não paginado.

²¹ Ibid., não paginado.

A Constituição Federal de 1967 sofreu a Emenda Constitucional 9^a, de 28 de junho de 1977, que possibilitou a dissolução do vínculo do casamento, e, logo em seguida, com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, foram regulados os casos de extinção do casamento.

Na Constituição Federal brasileira de 1988 foi mantida a gratuidade do casamento civil, bem como os efeitos civis do casamento religioso. Também foi exigido o cumprimento dos requisitos da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, considerando não apenas o conceito de família matrimonial, como também o da entidade familiar advinda de união estável e o da família monoparental.²²

Embora estabelecidos pela Constituição Federal, os requisitos para tal finalidade estão inseridos no Código Civil de 2002. O doutrinador Valdemar P. da Luz²³ nos ensina que

Conquanto o Código Civil não tenha sido explícito quanto o foi para união estável – art. 1.713 refere-se à “união estável entre o homem e a mulher! –, deixa antever esse requisito nos art.s 1.514 e 1.517. Como salienta Giovanni Bonolini (BONOLINI, 2005, p. 23), “é necessária a diversidade de sexo; embora a lei não estabeleça expressamente, o matrimônio não é concebível senão entre um homem e uma mulher”.

Portanto, a exigência também da diversidade de sexo para o casamento legal é um requisito.

Há também requisito legal quanto à idade nupcial, o consentimento das partes ou dos pais quando menor. A norma é clara em sua disposição e imposição da necessidade de consentimento dos pais ou representantes, conforme previsão do art. nº 1.517 do Código Civil, a sua inobservância consiste em impedimento legal para essas pessoas, que estão sujeitas ao poder de família, à tutela ou mesmo à curatela.²⁴

A pessoa que não completou 18 anos de idade, para realização do casamento civil, terá que apresentar declaração de consentimento ou estará impedida de contrair matrimônio, pois ainda está sujeita ao poder de família, sendo esse um dos requisitos legais.

Outro requisito legal é que haja formalidade, e dentre essas formalidades consta a celebração por autoridade competente. Sobre esse requisito o doutrinador

²² Ibid., não paginado.

²³ LUZ, 2009, p. 15.

²⁴ Ibid.

Valdemar P. da Luz²⁵ esclarece que, no art. nº 1.514 do CC, o casamento deve ser realizado diante do juiz e com a manifestação positiva tanto do homem quanto da mulher para que eles sejam considerados casados perante a Lei, não estando explicitado no referido artigo que juiz é responsável por tal cerimônia, podendo ser um juiz de paz ou um juiz de direito qualquer.

Embora não esteja claro na Legislação, fica evidente que a autoridade competente é o juiz de paz, conforme estabelecido na Constituição Federal em seu art. nº 98, II, em que fica determinado que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal deverão criar a Justiça de Paz.

Há também os impedimentos legais para tal ato, que são advindos da ordem legal, de fatos ou situações jurídicas preexistentes que afetam um dos nubentes, bem como das causas restritivas em decorrência do que estabelece o Código Civil em seu art. nº 1.523, I a IV.

Para a habilitação ao casamento, existem algumas formalidades a serem cumpridas que estão estabelecidas no art. nº 1.523 do Código Civil de 2002. Depois de cumpridas, o oficial do registro civil emite certidão válida por 90 dias que possibilitará o casamento. Para a sua celebração, são exigidas algumas regras que evitarão a declaração de inexistência ou um casamento anulável.

2.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O casamento pode ser definido como um contrato ou como uma forte instituição, são correntes doutrinárias que conceituam a união entre um homem e uma mulher às vezes como um negócio e em outras como um simples acaso e com consequências puramente sentimentais e sociais.

Para o doutrinador Flavio Tartuce,²⁶ o casamento, quanto à sua natureza jurídica, contempla três teorias:

Teoria Institucionalista: para essa corrente, o casamento é uma instituição social. Essa concepção é defendida por Maria Helena Diniz, pois a idéia de matrimônio é oposta à de contrato (Curso..., 2005, p. 44). Haveria aqui uma forte carga moral e religiosa. Teoria Contratualista: O casamento constitui

²⁵ Ibid.

²⁶ TARTUCE, 2008, p. 54.

um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação. Teoria mista ou eclética: Segundo essa corrente, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação.

A descrição dessa teoria atribui à união do homem com a mulher uma formalidade para cumprimento de exigências sociais ou legais, ou seja, aquilo que a sociedade espera de cada homem e mulher ou aquilo que a Lei exige para que seja reconhecido como válido.

Para Valdemar P. da Luz,²⁷ ainda há a terceira corrente chamada de eclética:

A denominada corrente eclética ou mista, fundada na união do elemento volitivo ao elemento institucional, o casamento é um ato complexo, ou seja, concomitantemente contrato na sua formação e, instituição em seu conteúdo, sendo bem mais do que um contrato, embora não deixe de ser também. Estaríamos, assim, diante de um ato jurídico bilateral, representado pelo consentimento dos contraentes e integrado pela atuação constitutiva do oficial de registro, como o fim de tornar efetivo um controle de legalidade e legitimidade em nome do Estado.

O casamento como um contrato estabelece condições factíveis de uma instituição, inserindo, na sua concepção, atos de ambos os cônjuges na sua aceitação na forma que for estipulado, isso anterior ao casamento.

Para Marcos Claudio Acquaviva,²⁸ o casamento é

O contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

O casamento apresenta uma tipologia das mais vastas ligada à antropologia e ao direito. Do casamento se originam, para os cônjuges, direitos e obrigações ou relações de natureza pessoal e patrimonial.

A Constituição Federal em seu art. nº 226 estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Em seu parágrafo 7º, fundado no princípio da dignidade humana, é vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Corroborando com o pensamento de Johann Wolfgang Von Goethe²⁹ sobre igualdade e liberdade, aplicadas ao casamento como instituição partida de um

²⁷ LUZ, 2009, p. 14.

contrato de convivência mútua, estabelecendo normas e incluindo regras, tanto referentes ao emocional quanto ao patrimonial, Roberto Senise Lisboa³⁰ diz que

O princípio da igualdade entre os cônjuges, na constância do casamento, consagrado pela Constituição de 1988, conferiu à sociedade conjugal o regime de co-gestão, mediante a participação e a colaboração recíproca entre o marido e a mulher. O texto constitucional autorizou o reconhecimento da isonomia nas relações familiares, cabendo ao cônjuge varão e a cônjuge virago a administração conjunta dos bens familiares, assim como deliberar conjuntamente acerca das questões referentes à transmissão de bens comuns a terceiros. Muito embora as regras previstas na Constituição de 1988 sobre o direito de família possam ser configuradas como normas formalmente constitucionais, não se afigura razoável o entendimento segundo o qual elas não são auto-aplicáveis, já que tratam sobre matéria intrinsecamente relacionada aos direitos de personalidade humana. Além disso, é importante recordar que o princípio da igualdade ou isonomia entre o homem e a mulher, na constância do casamento, decorre de cláusula pétrea da Constituição, segundo a qual os homens e as mulheres têm direitos iguais.

Destacam-se o princípio da dignidade humana e o direito à personalidade, baseados na igualdade de direitos e obrigações e na constância dessa sociedade, não podendo ser retirados os direitos estabelecidos em nossa Lei Maior, por serem cláusulas pétreas.

Pode-se destacar que o casamento na atualidade tem características adquiridas e algumas transformadas ou criadas, mas continua sendo a forma de constituição da família em sociedade mais conhecida e tendo regras básicas, tais como a monogamia, ou seja, somente há casamento entre um homem e uma mulher; o *affectio maritalis*; a pessoalidade entre os cônjuges, ficando proibida a qualquer pessoa, tanto de direito público quanto privado, interferir nesse relacionamento instituído; a submissão dos aspectos patrimoniais relativos à norma jurídica, conforme o regime adotado pelo casal; a liberdade de escolha do regime de bens; a solenidade em sua celebração; a perenidade da união, não se admitindo celebração a termo ou sob condições; e a fidelidade plena em virtude da comunhão de vida entre os cônjuges, isso em se tratando de nossos costumes ocidentais.

Principalmente após a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU),³¹ em 1948, ficou estabelecido o princípio da igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na constância do casamento. O dito documento foi

²⁸ ACQUAVIVA, 1993, p. 204.

²¹ GOETHE, 2002.

²² LISBOA, 2006, p. 138.

³¹ DHNET, 1948.

subscrito pelo Brasil, tendo sido finalmente observado na prática a partir da promulgação de nossa Constituição Federal de 1988, que veio ratificar esse entendimento.

A noção de família foi, inclusive, ampliada em nossa Constituição Cidadã, tendo deixado de ser considerada família tão somente aquela estabelecida a partir do casamento civil.

2.3 DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES

As normas jurídicas estabelecem os direitos e deveres dos cônjuges depois de contraído matrimônio, indicando quais as responsabilidades assumidas com tal ato.

Vislumbra-se que esses efeitos jurídicos incumbem aos nubentes que ao se casarem passam a ser denominados como o cônjuge varão e a cônjuge virago. E, quando adquirem o status de pessoas casadas, obtêm uma nova situação jurídica definida em Lei para tal finalidade, isso inclusive no que tange à parte dos patrimônios trazidos ou que sejam adquiridos na constância dessa união, conforme o regime de bens adotado por suas opções e vontades ou aquele que ficar estabelecido pela Legislação vigente na época da união, se não houver tal opção anterior ao casamento.³²

Na questão relativa aos efeitos pessoais, são iguais os direitos e deveres dos cônjuges, conforme nos ensina o doutrinador Valdemar P. da Luz³³ sobre a inexistência de desigualdade no trato dos negócios jurídicos atuais:

A desigualdade jurídica dos cônjuges hoje não mais prevalece, não só em face da Constituição de 1988 (§ 5º do art. 26) que prescreve que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, como também do art. 1.567 do Código Civil: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração àqueles interesses”.

³² LUZ, 2009.

³³ Ibid., p. 39.

Fica assim estabelecido pela Constituição da República Federal de 1988 e pelo Código Civil brasileiro de 2002 que, perante a Lei, homens e mulheres têm deveres e direitos iguais dentro da sociedade conjugal, e dentro das relações entre cônjuges temos os efeitos de convivência, conforme prevê o art. nº 1.566 do CC, em que se destacam a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio, a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, bem como o respeito e a consideração mútuos.

Na interpretação lógica do doutrinador Flávio Tartuce,³⁴ ficam claras essas condições e efeitos jurídicos, quando ele expõe que

O casamento gera efeitos jurídicos amplos, trazendo deveres para ambos os cônjuges que pretendem essa comunhão plena de vida. Esses efeitos e deveres estão no plano da eficácia do casamento, situam-se no terceiro degrau da “Escada Ponteana”.

A “Escada Ponteana”, aquela cujos ensinamentos advêm do doutrinador Pontes de Miranda,³⁵ tem nos ensinado que, no plano da existência, podemos encontrar apenas partes da vontade ou forma e que, no campo da validade, aquela prescrita em Lei. Diz, ainda, o doutrinador que um negócio jurídico pode existir, ser válido e ineficaz, o que constitui a citada “Escada Ponteana”, e a ineficácia, neste caso, é o seu terceiro degrau.

Podemos enfatizar ainda que, quando dessa união pelo casamento, o homem e a mulher assumem condições mútuas, ou seja, são responsáveis igualmente pelos encargos advindos dessa nova condição, inclusive com o direito de adicionar ou não o sobrenome do outro, isso como primeira condição. E com base no Código Civil brasileiro de 2002, inclusive com mais igualdade de direitos e deveres, pode o homem adicionar o sobrenome da mulher ao seu, ou vice-versa, conforme suas opções ou necessidades, com previsão no art. nº 1.565, parágrafo 1º, do mesmo diploma legal.³⁶

Ficam, assim, implícitas e explícitas as condições que deverão ser estabelecidas no pacto antenupcial obrigatório, antes do casamento legal, uma das exigências da Lei, através de documento próprio e oficial, lavrado em cartório e registrado, o qual deixa declarado as vontades dos contraentes, ou em caso de não

³⁴ TARTUCE, 2008, p. 102.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, 1974.

³⁶ TARTUCE, 2008.

ser pactuado, existe a previsão legal do Código Civil no tocante à realização sem o dito pacto para passar o casamento a ser considerado como tendo sido realizado pelo regime de comunhão parcial de bens.

Ensina-nos, também, o doutrinador Flávio Tartuce³⁷ que

Havendo eventual divergência entre os cônjuges, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz, que decidirá de acordo com os interesses do casal e dos filhos. É o que prevê o art. 1.567, parágrafo único, do CC. O dispositivo segue a idéia de judicialização dos conflitos familiares, pois leva ao Poder Judiciário a solução de uma questão que interessa aos componentes da família.

Embora a vontade seja respeitada quanto aos deveres e às obrigações de cada cônjuge, intervém o Estado nas decisões dessa sociedade familiar legalmente constituída e instituída, inclusive à luz da norma jurídica vigente.

2.4 EFEITOS PATRIMONIAIS

Os efeitos patrimoniais gerados pelo casamento dependem do regime de bens a ser adotado pelos cônjuges ou contraentes, sendo essa opção obrigada por Lei e devendo ser feita mesmo antes da documentação a ser apresentada no cartório de registro civil, o qual providenciará, com as formalidades legais, as devidas anotações que resultarão no casamento.

Dessa escolha do regime de bens nasce uma convenção entre os cônjuges que se torna eficaz a partir da assinatura dos documentos legais, seguindo as exigências da Legislação vigente para tal fim.

Sobre os efeitos patrimoniais o doutrinador Valdemar P. da Luz³⁸ faz a seguinte colocação:

Da escolha ou da imposição do regime de bens feita pelos cônjuges, surge, por convenção ou disposição expressa da lei, um regime patrimonial com regras específicas a respeito da forma de adquirir e transferir bens do casal de molde a, em certos casos, limitar a liberdade dos cônjuges na contratação com terceiros.

³⁷ Ibid., p. 102.

³⁸ LUZ, 2009, p. 39.

É o regime de bens escolhido que irá ditar os procedimentos e as atribuições do casal quanto ao seu patrimônio, pois, conforme o estipulado no pacto antenupcial, ele poderá livremente escolher suas ações ou somente em conjunto, cada um com suas responsabilidades e deveres.

Ressalte-se que, por previsão legal no art. nº 1.657 do Código Civil brasileiro, somente no regime de separação absoluta de bens o cônjuge pode praticar atos independentes, ou seja, sem o consentimento do outro cônjuge, atos que venham a comprometer o patrimônio familiar. Esse consentimento sob a forma de *vênia* conjugal vem representar a outorga uxória da mulher ou a outorga marital para atos que envolvam o patrimônio comum.³⁹

Tal entendimento produz na relação conjugal a estabilidade das partes, pois estabelece regras de convivência igualitária e o casal passa a ter a mesma responsabilidade, ou seja, deveres e direitos que lhes são atribuídos como se um só fossem, guardadas as imposições legais impostas por outras cláusulas da referida lei que preveem os tipos de sociedades conjugais.

Para o doutrinador Flávio Tartuce,⁴⁰ o direito patrimonial trata dos direitos contemplados no pacto antenupcial realizado anteriormente ao casamento e devidamente registrado no competente cartório de registro. Até mesmo para aquele que não estabelece essas regras com o pacto antenupcial a Lei firma que as condições de convivência na união estável são as mesmas de um regime de comunhão parcial de bens, sobre o qual ele ensina que

O código civil prevê os direitos patrimoniais relacionados com o casamento, particularmente as regras quanto aos regimes de bens. A atual codificação traz regras gerais quanto a esse tratamento patrimonial (art. 1.639 a 1.652), preceitos relacionados com o pacto antenupcial (arts. 1.653 a 1.657), bem como regras especiais quanto aos quatro regimes previstos.

O casamento modifica ou não a propriedade, conforme o estabelecido para tal fim, através do pacto antenupcial devidamente registrado no competente cartório de registro, ficando claros os efeitos patrimoniais dentro dessa instituição legalmente estabelecida pelas próprias partes ou quando não há essa manifestação à luz do art. nº 1.640 do CC.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ TARTUCE, 2008, p. 119.

Pretendemos definir o casamento e os princípios que o norteiam, bem como suas características para levantar subsídios que nos permitam mostrar a desigualdade existente e o ferimento ao Estatuto do Idoso,⁴¹ (Lei 10.741/2003 arts. 1º, 2º e 3º) aprovado em nosso país, com melhor compreensão do efeito causado por uma cláusula (art. nº 1.641, II, da Lei nº 10.406/2002) incluída em nosso Código Civil.

⁴¹ BRASIL, 2003.

3 REGIME DE BENS

A sustentação das relações econômicas entre um homem e uma mulher que se unem e formam um casal, cumprindo as formalidades da Legislação para buscar a validade jurídica, está diretamente relacionada aos regimes de bens impostos em nosso Código Civil bem como baseada nele. Na atualidade, não se concebe um casamento sem que antes o casal escolha um regime de bens.

Quanto ao regime de bens no Brasil, só começou a existir legalmente com a edição do Decreto nº 181, que estabeleceu que a comunhão dos bens era válida a partir do dia seguinte à celebração do casamento.

Segundo a doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão,⁴²

Durante todo o período em que o Brasil permaneceu como colônia de Portugal, as leis portuguesas foram aqui aplicadas. Portugal foi um dos primeiros países do mundo a adotar um regime legal, aplicável a todo o Império. Assim, as Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil e, em consequência, vigorava o regime supletivo de bens da comunhão Universal.

Ainda com a Proclamação da Independência, em 7 de novembro de 1822, foi determinado por D. Pedro que fossem elaboradas leis civis e penais para o país. Isso deixou perdurando a Legislação portuguesa no Brasil, mesmo após a Independência declarada, sendo o ponto de partida para a elaboração do primeiro Código Civil brasileiro.⁴³

Os avanços nesse sentido foram lentos e sempre tomados de precauções, visando sempre ao resguardo do direito do cidadão.

A Lei atual propicia aos nubentes a possibilidade de estabelecerem, antes do casamento civil, qual tipo de regime de bens será realizado, conforme explicita o doutrinador Valdemar P. da Luz:⁴⁴

A lei faculta que os nubentes possam estabelecer, antecipadamente, o regime de bens que regerá o patrimônio do casal durante a vigência da sociedade conjugal (art. 1.639 do cc). Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Ressalte-se que, até a entrada em vigor da lei

⁴² BRANDÃO, 2007, p. 51.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ LUZ, 2009, p. 266.

6.515/77, na ausência de convenção expressa, presumia-se adotado o regime da comunhão universal de bens.

Em todo casamento civil, há a oportunidade de opção pelo regime de bens que irá vigorar na constância dessa união, ou seja, é dado aos nubentes o direito de escolher qual regime irá servir melhor suas relações patrimoniais, tanto para o casal quanto para seus filhos e herdeiros.

Ainda sobre o regime de bens, ensina-nos Arnaldo Wald⁴⁵ que

Por regime de bens entendemos a regulamentação das relações pecuniárias oriundas da associação conjugal, embora o regime não abranja todos os aspectos patrimoniais da vida conjugal. O regime matrimonial não inclui os direitos assegurados pela lei aos cônjuges, como o direito aos alimentos e a possibilidade de suceder, em parte ou totalmente, ao esposo pré-morto.

O casamento é o início de uma sociedade conjugal que irá permanecer até o seu rompimento, implicando a distribuição dos bens arrolados para tal fim, por opção dos nubentes, o que determinará a vontade quanto aos fins dados aos bens patrimoniais.

Conclui-se que, quando do estabelecimento de um tipo de regime de bens, esse se torna a espinha dorsal do regramento patrimonial familiar, nas relações dos cônjuges perante os compromissos que poderão ser assumidos com terceiros dentro dessa nova sociedade criada com o casamento, tendo esse regime a incumbência de gerenciar os bens do casal diante da Legislação e suas imposições, como também garantir as relações com pessoas que venham a ter negócios em comum com o casal, cientes de sua condição de casado e do regime de bens adotado.⁴⁶

Outro ponto a ser pesquisado são os efeitos patrimoniais do casamento, pois, com a comunicação dos aquestos, de acordo com o regime de bens estabelecido por Lei ou pela vontade dos cônjuges, com ou sem a celebração do pacto antenupcial, o regime de bens regularmente adotado pelos cônjuges é irrevogável a partir da data da celebração do casamento civil.

Sobre o regime de bens no Brasil esclarece a doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão⁴⁷ que:

⁴⁵ WALD, 2004, p. 101.

⁴⁶ BRANDÃO, 2007.

⁴⁷ Ibid., p. 52.

O direito brasileiro conheceu, até o advento do Código Civil de 2002, quatro regimes-tipo: o de comunhão universal, o de comunhão parcial, o de separação e o dotal. Este último foi abolido legalmente com o novo diploma, mas já havia sido extirpado da vida do brasileiro há muito tempo. Os regimes de bens devem corresponder aos anseios da população em que estão inseridos.

Sendo assim, o casamento institui a comunicação dos aquestos do conjunto de bens familiares, que passará a se prestar à sustentabilidade da família e será administrado pelos cônjuges como se uma empresa fosse.

Igualmente, há regras protetivas sobre o patrimônio familiar, como normalmente também se estabelece em uma empresa, sociedade civil, que determinam a representação e a administração dos bens, devendo ser atualmente observado o princípio da igualdade e isonomia entre os cônjuges casados.

Comenta o doutrinador Arnaldo Wald⁴⁸ que

A regulamentação patrimonial impõe-se na sociedade conjugal, pois a vida em comum tem repercussões no campo material. Por mais que se queira separar os patrimônios dos cônjuges, surge a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as suas relações jurídicas no plano econômico.

Observada a vontade de cada cônjuge e o seu grau de comprometimento patrimonial, esse novo conjunto de bens determina cuidados e obrigações, o que interfere diretamente na capacidade patrimonial e nas condições de cada cônjuge no trato com os negócios do casal. Isso nos vislumbra uma análise mais acurada do que seja a capacidade matrimonial como grau de discernimento ou aptidão que vem permitir a uma pessoa casar-se, distinta da capacidade geral para seus direitos, sejam individuais ou coletivos, aquela que se adquire aos 18 anos de idade ou mesmo de forma antecipada por documento legal para contrair núpcias.⁴⁹

Roberto Senise Lisboa⁵⁰ amplia sua afirmativa dizendo que

A assistência material é o cuidado que uma pessoa tem uma pela outra, fornecendo-lhe os meios necessários para a sua subsistência, conforme a possibilidade do assistente e a necessidade daquele ao qual tem a obrigação de assistir.

⁴⁸ WALD, 2004, p. 101.

⁴⁹ LISBOA, 2006.

⁵⁰ Ibid., p. 85.

No casamento civil, existem diversos regimes de bens que são o conjunto de normas jurídicas aplicáveis no casamento, estabelecidas em nosso Código Civil,⁵¹ e que fixam quais coisas serão comunicadas a ambos os cônjuges, ou seja, a comunicação dos aquestos.

Para o doutrinador De Plácido e Silva,⁵²

O regime de comunhão em sentido amplo exprime a locução toda comunhão ou comunidade acerca de bens ou de coisas. A propriedade em comum, a sociedade, interesse ou negócios em comum importam num regime de comunhão. Na terminologia própria à matéria matrimonial, o regime de comunhão indica a sociedade conjugal que se estabelece sem qualquer restrição a respeito dos bens, que passam a ser possuídos em comum, pelo marido e pela mulher.

Para as regras gerais aplicadas aos regimes de bens, de acordo com o Código Civil brasileiro, as partes elegem o regime de bens, mas no seu silêncio importa automaticamente a aceitação do regime ao qual a Lei dá preferência, que é o regime de comunhão parcial de bens.

Sobre o tema esclarece o doutrinador Arnaldo Wald⁵³ que

O regime da comunhão parcial de bens é aquele que é imposto pela lei, na falta de pacto antenupcial dispondo de modo diverso. Isto é, não optando os cônjuges pelo regime de comunhão, separação ou mesmo da participação final nos aquestos (o que exigirá a lavratura da necessária escritura pública), aquele que deverá presidir as relações patrimoniais do casal será o da comunhão parcial de bens, também chamado de separação parcial, separação relativa, comunhão de aquestos, ou até regime misto.

Quando a Lei exigir a adoção de determinado regime de bens, não poderão os interessados optar por outro, nem mesmo através do pacto antenupcial, que é um contrato feito em cartório extrajudicial, vigorando o regime de bens sempre após a data do casamento civil, sendo possível a alteração desse regime.

Os cônjuges podem optar livremente por qualquer que seja o regime de bens. Na comunhão parcial ou limitada de bens, a Lei entende como aquela que somente importa na comunicação dos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento, pois é o regime legal no qual se comunicam todos os bens adquiridos a título oneroso, a partir da data do casamento.

⁵¹ BRASIL, 2002.

⁵² SILVA, 1993, p. 66.

⁵³ WALD, 2004, p. 102.

Ensina-nos Arnaldo Wald⁵⁴ que, pelo princípio da autonomia da vontade, podem os cônjuges optar, conforme sua vontade, e escolher o regime que mais lhes sejam adequados, ou seja,

Em virtude do princípio da autonomia da vontade garante-se aos cônjuges a máxima liberdade na escolha do regime que considerarem preferível, podendo as partes aceitar um regime típico com a regulamentação legal existente, ou modificá-lo de acordo com as suas conveniências, desde que não sejam violadas as normas imperativas referentes aos fins do casamento e à estrutura da família.

Existem regras estabelecidas em nosso Código Civil de 2002. Umas são esclarecedoras de situações até então obscuras e não reguladas por Lei e outras, criadas pelo legislador acerca do assunto. Algumas são um tanto protetivas, outras tutelam o direito em face do cidadão desprotegido, o que, em muitos casos, entram na seara alheia, ou seja, buscam normatizar aquilo que deve ser determinado ou escolhido pelo cidadão, atribuído a ele pela Constituição Federal.

Existem impedimentos legais e formais para o matrimônio, mas que podem ser superados pela intervenção de nosso Supremo Tribunal Federal, quando habilitamos junto a esse órgão o nosso pedido de vontade.

Para o doutrinador Cesar Fiuza,⁵⁵ que analisa os impedimentos legais para a realização do casamento civil,

Os impedimentos impeditivos são tratados como causas suspensivas do casamento, uma vez que, quando deixam de existir, possibilitam a realização das núpcias. Apesar disso, continuam a ser causas impeditivas do casamento, pelo que deles cuidarem sob este nome, já consagrado pela doutrina. (Diniz. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed., v. 5, p. 79.) Não concordamos com a tese de que, recebendo o nome de causas suspensivas, não mais impediriam a realização do casamento. Obstat, sim, “à realização do casamento, mas podem deixar de ser aplicadas por autorização judicial, e, de qualquer forma, ainda que infringidas, não constituem motivo para invalidação do ato”. (HIRONAKA; OLIVEIRA. Do casamento. In: DIAS; PEREIRA (Orgs.). Direito de família e o novo Código Civil, cit., p. 26).

Sob sua ótica, Cesar Fiuza⁵⁶ afirma que, nas oposições, os impedimentos devem ser apontados com as causas:

⁵⁴ WALD, 2004, p. 103-104.

⁵⁵ FIUZA, 2004, p. 901.

⁵⁶ Ibid., p. 901.

Opor impedimento é apontar uma das causas, a fim de ensejar a autoridade competente, seja o oficial do registro, seja o Ministério Público, seja o juiz ou o celebrante a cancelar o processo de casamento. O impedimento é, assim, oposto antes ou durante a cerimônia nupcial. Uma vez que esta se conclua, o casamento estará realizado, devendo ser anulado, se for o caso.

Cesar Fiuza⁵⁷ ainda assevera que o casamento irregular se dá quando é celebrado apesar de impedimentos existentes e que ensejaria a causa impeditiva, ou seja,

Casamento irregular é aquele celebrado apesar de um impedimento impediante, de uma causa suspensiva do matrimônio. Vimos que os impedimentos impeditivos, uma vez que se aleguem antes da celebração, impedem o casamento. Mas, depois de celebradas as núpcias não têm eles o poder de viciá-las, a ponto de torná-las passíveis de anulação. Daí a terminologia “impedimento impediante”, ou “causas suspensivas”.

Fica demonstrado que o casamento irregular, realizado por impedimentos que violem o estabelecido em Lei, não é passível de anulação, mesmo realizado contra esta.

Em nosso país, os princípios dos regimes de bens adotados são o da variedade de regimes, da autonomia da vontade e da imutabilidade do regime, conforme nos ensina o doutrinador Valdemar P. da Luz:⁵⁸

O princípio da variedade de regimes [...] ocorre que o Código Civil em vigor disponibiliza aos nubentes outros regimes daí a variedade de regimes – para que possam escolher o que melhor lhes aprouver: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos. Caso não pretendam adotar o regime de comunhão parcial de bens, atualmente o regime legal, podem os nubentes, à evidência, optar por qualquer dos demais regimes.

Estabelece o Código Civil brasileiro em seu art. nº 1.639 que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”,⁵⁹ ficando constatado claramente que todos têm a liberdade absoluta de escolha, conforme preceitua nossa Constituição Federal de 1988. Todos gozam do princípio da liberdade, escolha do regime de bens que irá nortear a administração dos bens de família a partir do casamento, uma escolha, em princípio, somente a ser

⁵⁷ Ibid., p. 920.

⁵⁸ LUZ, 2009, p. 267.

⁵⁹ BRASIL, 2002.

feita pelos noivos conforme as preferências em comum e anteriormente ao casamento.⁶⁰

Ainda sobre os princípios relacionados ao casamento, ensina-nos o doutrinador Valdemar P. da Luz⁶¹ que o princípio da imutabilidade do regime, previsto no Código Civil, estabelece que

O Código Civil de 1916 não admitia a alteração do regime de bens (art. 230). A irrevogabilidade do regime visava, acima de tudo, a preservar o interesse dos cônjuges e o de terceiros. Os fundamentos da imutabilidade, segundo Arnoldo Wald (WALD, 2000, p. 98), era “a proteção à boa fé de terceiros que têm relações com o casal e a proteção dos próprios cônjuges, visando evitar que a aferição e a vida em comum entre marido e mulher venha a afetar as suas relações de ordem patrimonial”.

Esclareça-se que, na Legislação atual, inspirada na de outros países como França, Itália, Espanha, Suíça, Alemanha e Áustria, os quais admitem alteração no regime de bens posterior ao casamento, houve tal condição, conforme preceitua o parágrafo 2º do art. nº 1.639: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.⁶² Como fica claro, as mudanças poderão ser realizadas, mas guardadas as devidas proporções e observadas as condições. Com a edição do novo Código Civil de 2002, sob a nova ótica, houve modificações de pensamento em relação à imutabilidade dos regimes de bens.⁶³

Isso explica os princípios dos regimes de bens no Brasil, estando pacificada a sua aplicação em todos os casos, em observação à Legislação vigente.

Sobre a extinção do regime de bens esclarece Valdemar P. da Luz⁶⁴ que

O regime de bens tem vigência limitada à duração do casamento. No entanto, em que pese o art. 1.576 do Código Civil somente referir como extintiva à hipótese de separação judicial, parece fora de dúvida que a extinção também se opera nos demais casos de dissolução da sociedade conjugal – morte de um dos cônjuges, anulação do casamento, divórcio e separação extrajudicial –, como, aliás, constava no art. 267 do Código de 1916 (com exceção da separação extrajudicial).

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., p. 268.

⁶² BRASIL, 2002.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid, p. 280.

Ficam, então, explicados todos os aspectos relacionados ao regime de bens dentro da sociedade estabelecida pelo casamento, inclusive com a sua extinção.

3.1 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

O regime da comunhão universal de bens está previsto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, do Código Civil, no Livro IV, Título II, Subtítulo I, Capítulo IV, art.os nº 1.667 a nº 1.671. Nesse regime importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções previstas no art. nº 1.668 do mesmo diploma.

Observa-se que a comunhão universal de bens se apresenta como o regime matrimonial por meio do qual todos os bens anteriores e posteriores à data do casamento são comunicados ao outro cônjuge e deles cada um passa a se tornar meeiro. Historicamente, a comunhão universal foi o regime legal adotado no direito brasileiro até a edição da Lei nº 6.515, chamada Lei do Divórcio, de 26 de dezembro de 1977, que veio regulamentar os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

No dizer do doutrinador De Plácido e Silva,⁶⁵ explicitando a comunhão universal de bens, “Se o regime é universal todos os bens, sejam da mulher ou do marido, entram para a comunhão: comunicam-se entre si”.

Historicamente, o doutrinador Arnoldo Wald⁶⁶ define esse regime de bens “[...] como aquele em que se tornam comuns tanto os bens com os quais os cônjuges entraram na sociedade conjugal como os que foram posteriormente adquiridos pelo marido ou pela mulher”.

Supõe-se que todos os bens dos nubentes passam a fazer parte do patrimônio do casal e também os posteriormente adquiridos.

Esclarece Arnoldo Wald⁶⁷ que, no caso de comunhão universal de bens, ocorre

⁶⁵ SILVA, 1993, p. 66.

⁶⁶ WALD, 2004, p. 109.

Uma comunhão completa ou universal de todos os bens (móveis ou imóveis) e direitos, pertencendo a cada um dos cônjuges uma quota ideal, correspondente à metade do todo e que tem caráter intransmissível e indivisível na vigência da sociedade conjugal.

Esclarece, então, o doutrinador que os bens não se fundem, e, sim, o patrimônio, passando cada um a ser meeiro do outro.

Ensina-nos a doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão⁶⁸ que

Por ele se comunicam não apenas os bens adquiridos anteriormente ao casamento pelos cônjuges, mas também as dívidas. É a comunhão do ativo e do passivo. Saliente-se que pouco importa se um dos cônjuges não trouxe bens para a comunhão; ele será meeiro sobre todo o acervo que o outro já possuía, e, quando adquirir um bem, qualquer que seja, proprietário será o casal, e não o adquirente. Daí a razão de ser adjetivado pela palavra “universal”, porque, de ordinário, todo o patrimônio dos cônjuges ingressa na comunhão.

Para esse regime fica, então, bem caracterizado que a comunicabilidade dos bens tornou-se regra geral, sendo alguns bens excluídos dessa sociedade, conforme previsto no art. nº 1.668 do Código Civil.

Segundo Valdemar P. da Luz,⁶⁹

O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções determinadas pelo art. 1.668 (art. 1.667 do cc). Comunhão universal de bens é, pois, o regime pelo qual se consolida a comunicação de todos os bens, ou seja, tanto os levados por cada um dos nubentes para o casamento, quanto os que vierem a ser adquiridos na sua vigência. Assim, é de consenso que nesse regime ambos os cônjuges são proprietários por metade, de modo a afastar a idéia de que cada um deles seja proprietário do todo.

Pelas regras estabelecidas no art. nº 1.668 do Código Civil, são excluídos da mencionada comunhão de bens aqueles arrolados em seus incisos, ou seja, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os gravados fideicomissórios e o direito de herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de

⁶⁷ Ibid., p. 109.

⁶⁸ BRANDÃO, 2007, p. 219.

⁶⁹ LUZ, 2009, p. 285.

incomunicabilidade; e os bens referidos nos incisos V e VII do art. nº 1.669 do Código Civil.

3.2 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

No regime de separação de bens, não se prevê nenhuma comunicação de aquestos, e, no regime de participação final nos aquestos, prevê-se que cada cônjuge possui o seu patrimônio próprio antes do casamento civil, submetendo os bens adquiridos posteriormente a essa data à partilha, no caso de dissolução da sociedade conjugal. Cada cônjuge é, assim, o proprietário exclusivo dos bens que já tinha antes do casamento, bem como daqueles que vier a adquirir exclusivamente após o matrimônio, a qualquer título.

Previsto em nosso Código Civil de 2002, Capítulo VI, Título II – Do Direito Patrimonial, Livro IV – Direito de Família, arts. nº 1.687 e nº 1.688, tem dispositivo de obrigatoriedade no art. nº 1.641, inciso II, para as pessoas maiores de 60 anos de idade.

Esclarece a doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão⁷⁰ que

Ele objetiva a existência de apenas duas massas particulares: a do marido e a da mulher. A rigor, mesmo os bens adquiridos na constância do casamento não devem se comunicar, observado o convencionado no pacto antenupcial, que pode conter exceções.

Enfatiza, ainda, a doutrinadora⁷¹ que

A despeito da separação absoluta de patrimônios, por vezes os cônjuges adquirem um bem com a participação de ambos os cônjuges. Isso não quer dizer que haja comunhão entre eles, mas sim co-propriedade, também chamada de condomínio. Neste caso, não havendo mais interesse na manutenção do condomínio, qualquer dos cônjuges poderá pedir a divisão.

Muito embora nos passe o entendimento de patrimônio totalmente separado em uma sociedade conjugal, existem exceções como explicitado acima, pois a aquisição de um bem pode ser comum aos dois.

⁷⁰ BRANDÃO, 2007, p. 250.

⁷¹ Ibid., p. 250.

O que mais caracteriza esse regime de bens é a liberdade de dispor dos bens que o casal tem, pois, conforme previsto em Lei, cada um é dono de suas propriedades, conforme nos ensina Débora Vanessa Caús Brandão:⁷² “Assim, no regime de separação convencional de bens, o cônjuge proprietário tem ampla liberdade de dispor de seus bens, móveis e imóveis, conforme lhe aprouver. Não terá a mesma liberdade o cônjuge administrador dos bens do outro [...]”.

Há de se esclarecer que não só os bens patrimoniais não se comunicam nesse regime, mas também as dívidas, pois cada um deve comprometer-se com seus próprios créditos e débitos existentes ou que venham a existir, como pessoa física, restando somente comuns aquelas feitas quando em benefício da própria sociedade conjugal.

Ainda sobre o regime da separação de bens, é o regime pelo qual cada cônjuge conserva sua propriedade exclusiva, tanto dos atuais quanto dos futuros bens que serão adquiridos, com previsão legal no art. nº 1.687 do Código Civil brasileiro, sendo da incumbência de cada cônjuge a administração de seus bens, podendo fazer o que desejar com eles, sem o aval ou a outorga do outro cônjuge. Esclareça-se, ainda, que existem dois tipos de separação, a convencional e a legal.⁷³

Isso significa que, na separação de bens, por convenção dos cônjuges, há uma separação do patrimônio do casal, pois os bens não se comunicam, podendo cada um dispor de seus bens livremente, sem necessitar de anuência.

Já, quando nos fala Valdemar P. da Luz⁷⁴ sobre a separação legal de bens, esclarece que

Trata-se do regime de separação obrigatória de bens, exigido expressamente pelo art. 1.641 do Código Civil para o casamento de determinadas pessoas naquele dispositivo especificadas: I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas impeditivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de sessenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Há de se separarem realmente os conceitos e os efeitos do citado artigo, pois impõe regras para tal regime e exclui da pessoa o direito de opção, o que já não acontece no regime de separação livremente aceito.

⁷² Ibid., p. 251.

⁷³ LUZ, 2009.

⁷⁴ Ibid., p. 289.

O doutrinador Flávio Tartuce⁷⁵ comenta sobre o regime da separação convencional de bens:

Sem prejuízo de todas as polêmicas aqui demonstradas quanto ao regime e separação obrigatória, cabe agora comentar as suas duas regras específicas, previstas nos arts. 1.687 e 1.688 da atual codificação privada quanto à separação convencional de bens, aquele que decorre de pacto antenupcial. O primeiro dispositivo traz regras básicas quanto ao regime, ou seja, a de que não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à celebração do casamento, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges. Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis, nas hipóteses em que foi convencionada a separação de bens. Esse art. 1.687 do CC confirma a tese de que somente na separação convencional há separação absoluta, sendo livre a disposição de bens, sem necessidade de outorga conjugal (art. 1.657, caput do CC).

Embora os dispositivos legais apontem para um horizonte de total separação dos bens, as obrigações assumidas pelo casal são de ambos, ou seja, a proporção dos rendimentos de cada um, bem como de seus patrimônios, e a responsabilidade para cobrir as despesas realizadas advindas da convivência.

Quando do matrimônio, supõe-se a divisão das despesas implícitas nessa relação, cabendo, então, a cada um a sua parte, tratando-se do regime de separação convencional ou legal e da proporção de seus rendimentos mensais e de seus bens, se não estipulada no pacto antenupcial cláusula contrária a isso, conforme previsto no art. n° 1.688 do Código Civil brasileiro. Porém, esse pacto pode ser contrário à Lei ou mesmo estipular condições desproporcionais aos nubentes, imputando a um dos cônjuges mais onerosidade ou mesmo onerando em porcentagens iguais quando existem diferenças de rendas, o que ensejará a nulidade absoluta de tal cláusula do pacto antenupcial.⁷⁶

Nesse ponto fica esclarecido que as regras para o regime de separação de bens não deixam de onerar ambos os cônjuges quando se trata de despesas decorrentes da união, ou seja, da sociedade formada por ambos, existindo, contudo, a contribuição na mesma proporção de sua participação no casamento.

⁷⁵ TARTUCE, 2008, p. 163.

⁷⁶ Ibid.

3.3 REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

O Código Civil brasileiro estabelece em seu art. nº 1.640 que “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime a comunhão parcial”.⁷⁷

Segundo a doutrinadora Débora Vanessa Caús Brandão,⁷⁸ o regime da comunhão parcial de bens

Recebe essa denominação porque, na ausência da manifestação da vontade dos nubentes sobre a escolha do regime de bens a reger o futuro casamento, a lei determina que automaticamente ele seja atribuído. Também quando, por qualquer motivo, o pacto antenupcial for inválido, não podendo haver casamento sem regras a regular os efeitos patrimoniais dele decorrentes, supletivamente imperará o regime da comunhão parcial de bens.

Fica assim estabelecido que, na falta de convenção anterior ao casamento, será adotado o regime da comunhão parcial, o que acontece com a maioria dos casamentos em nosso país hoje, devido à falta de informações da população a respeito do que prescreve a Lei.

Segundo nos ensina Arnoldo Wald⁷⁹ sobre o regime parcial de bens:

Com o advento da Lei n. 6.515, de 26-12-1977, o regime da comunhão parcial passou a ser o legal, em substituição ao regime da comunhão universal. Na realidade, este último regime ficou bastante esvaziado com a reformulação legislativa decorrente da Lei n. 4.121, de 27-08-1962, sendo certo que, desde o início da década de 70, a doutrina mais recente e vários projetos cuidavam da introdução, no direito brasileiro, da comunhão de aquestos ou adquiridos como regime legal. O art. 50 da lei n. 6.515 de 26-12-1977, que alterou o art. 258 do CC de 1916, passou a vigorar com a seguinte redação: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”. O atual código civil manteve o referido artigo, incluindo as hipóteses de ineficácia do pacto antenupcial.

Esclarece o doutrinador que, com a edição da Lei nº 6.515/77, passou-se a realizar os casamentos sem convenção anterior ao ato, cujo regime estabelecido ficou o da comunhão parcial de bens.

Já o doutrinador Valdemar P. da Luz⁸⁰ nos esclarece que

⁷⁷ BRASIL, 2002.

⁷⁸ BRANDÃO, 2007, p. 197.

Regime da comunhão parcial é o regime que a lei impõe aos cônjuges quando não há convenção expressa a respeito de outro regime de bens, consoante se pode inferir do art. 1640: "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial". Por esta razão se diz que este é o atual regime de bens, que substituiu o regime da comunhão universal, considerando regime legal até o advento da lei 6.515/77 (Lei do Divórcio).

Esclarece, ainda, o doutrinador⁸¹ que esse tipo de regime tem algumas características próprias dentro de nosso ordenamento jurídico quanto aos aspectos relacionados diretamente à administração dos bens e à divisão de propriedade. Ele diz serem essas características próprias e que refletem diretamente no patrimônio, que nunca será um total, inclusive pela liberdade de ação do marido e da mulher, pois tem significados determinantes dentro dessa sociedade conjugal. Diz o doutrinador que

A comunhão parcial de bens tem como características: a) a separação (não-comunicação) dos bens que cada cônjuge possui ao casar; b) a comunhão (comunicação) dos bens adquiridos onerosamente por ambos os cônjuges após o casamento, independentemente de quem os adquira.

Essas são características próprias desse regime de bens, cujas regras estabelecidas no Código Civil deixam claro que, no caso da não opção por qualquer tipo de regime de bens ou mesmo não havendo a convenção antenupcial, deverão ser declarados os bens patrimoniais de cada um dos cônjuges, que ficarão a par da sociedade estabelecida com o casamento.

Os bens considerados como incomunicáveis, aqueles que foram adquiridos antes do casamento, com título devidamente registrado, previsto no art. nº 1.641 do Código Civil brasileiro, como, por exemplo, os imóveis adquiridos por documento de promessa de compra e venda a prestações e cuja escritura definitiva somente será lavrada após o pagamento total contratado (isso se dando após o casamento civil), ou seja, a causa é anterior à do casamento e à transcrição na constância da sociedade conjugal, são incomunicáveis para o casamento realizado sob o regime de comunhão parcial de bens, com transcrição no registro imobiliário na constância deste, conforme estabelecido no art. nº 272 do Código Civil brasileiro

⁷⁹ WALD, 2004, p. 117.

⁸⁰ LUZ, 2009, p. 282.

⁸¹ Ibid., p. 282.

de 1916, com correspondência no art. nº 1.661 do Código Civil de 2002, tendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) interferido nessa regra jurídica direcionada ao direito subjetivo. Ainda há de se acrescentar que também são excluídos os bens pertencentes ao rol dos incluídos no art. nº 1.659 do Código Civil brasileiro.⁸²

3.4 REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Implantado em nosso ordenamento jurídico com a promulgação de nosso Código Civil de 2002, em seu art. nº 1.672, o regime de participação final nos aquestos irá tratar de bens adquiridos após o casamento, depois da dissolução do casamento.

Para Valdemar P. da Luz⁸³, o regime de participação final nos aquestos trata-se de

[...] uma inovação do atual Código civil, que houve por bem espelhar-se na legislação de países como França, Alemanha, Suécia e Hungria, entre outros. De qualquer sorte, não só o novo regime é polêmico, como também o é a forma como se encontra disciplinado nos diversos artigos do Código, estes na sua maioria de difícil compreensão e, em alguns casos até mesmo contraditórios.

Então, começamos a explicitação apontando para incógnitas existentes no Código Civil em relação ao tal regime, conforme nos explica o doutrinador. E diante das perspectivas de colhermos opiniões diversas e atentando para itens controversos, há de se fazer uma colocação sobre esse tipo de sociedade, senão vejamos o que ainda destaca Valdemar P. da Luz sobre ele: “Diante desse contexto, a perspectiva que se tem é que o novo regime se prestará a inúmeras e infundáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais [...]”.⁸⁴

Para Débora Vanessa Caús Brandão,⁸⁵

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid., p. 286.

⁸⁴ LUZ, 2009, p. 286.

⁸⁵ BRANDÃO, 2007, p. 230.

Podemos dizer que o regime da participação final nos aquestos procura conciliar a ideologia do regime da comunhão com o da separação, fazendo uma síntese daquilo que talvez seja o elemento mais benéfico em cada um deles: no regime de comunhão, a união de vidas que se entrelaçam e corresponde ao verdadeiro sentido do casamento, além de conciliar a questão da segurança econômica que confere aos dois cônjuges; no regime de separação, a preservação de sua autonomia, ainda que relativizada em virtude das responsabilidades que os cônjuges suportam, decorrentes do casamento. Assim cada cônjuge participará dos ganhos que o outro obtiver durante o casamento, mas não haverá, em momento algum, massa comum de bens [...].

Ensinam-nos os doutrinadores que a participação final nos aquestos conta com a colaboração de ambos os cônjuges para reforço ou acúmulo de bens dentro da sociedade do casamento. Se as dívidas de um dos cônjuges forem superiores à sua meação, cabe a obrigação ao outro cônjuge. Durante a vigência do matrimônio, o direito de meação é irrenunciável, incessível e impenhorável, conforme estabelecido no art. nº 1.682 do Código Civil brasileiro de 2002.

Como nos alerta o doutrinador Valdemar P. da Luz⁸⁶ quanto às regras para esse tipo de regime, algumas mudanças foram inseridas no projeto original do nosso Código Civil de 2002:

Frise-se que, na redação inicial do projeto do atual Código Civil, constava expressamente, no final do art. 1.641, a expressão sem a comunhão de aquestos. Considerando, pois, que referida previsão foi suprimida da redação final do Código Civil de 2002, parece fora de dúvida que o entendimento do STJ, manifestado em 2001, segundo o qual a comunhão de aquestos ocorre independentemente de esforço comum na aquisição de bens, deve ser respeitado mesmo após a entrada em vigor do vigente Código Civil.

Talvez pelo fato de que, na impossibilidade de pagamento de dívidas relativas ao patrimônio do casal, um deles terá de assumir tal ônus, assim prevê nosso ordenamento, ou seja, a colocação de nosso STJ quanto à independência de esforço comum na aquisição de bens.

Quanto aos regimes de casamento, fica assim explicitado pelos doutrinadores, cada um deles previsto em nosso ordenamento jurídico. Ainda há um pequeno comentário da Doutrinadora Maria Helena Diniz,⁸⁷ em sua obra “Curso de Direito Civil brasileiro”, em que ela afirma que:

⁸⁶ LUZ, 2009, p. 292.

⁸⁷ DINIZ, 2004, p. 345.

Espécies de uniões de fato. A união estável distingue-se da simples união carnal transitória e da moralmente reprovável, como a incestuosa e a adúltera. Logo, o concubinato é o gênero do qual a união estável é a espécie. A união de fato ou o concubinato pode ser: puro ou impuro. Será puro (CC, arts. 1.723 a 1.726) se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária [...]. Ter-se-á concubinato impuro ou simplesmente concubinato, nas relações não eventuais em que um dos amantes ou ambos estão comprometidos ou impedidos legalmente a se casar. No concubinato há um panorama de clandestinidade que lhe retira o caráter de entidade familiar (CC, art. 1.727), visto não poder ser convertido em casamento.

Nesse pequeno texto temos refletida uma posição de nosso ordenamento jurídico para casos de concubinato. Embora citada como pura ou impura, a relação em si está prevista como relação fora do casamento, dentro da Legislação atual.

Atente-se para o Projeto de Lei nº 6.960, de 10 de janeiro de 2002, que visa a modificações, dando uma nova redação ao art. nº 1.727 do Código Civil brasileiro, passando a ser:

As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as regras do contato de sociedade. Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais.⁸⁸

Completa-se a pesquisa sobre regime e bens em nosso ordenamento jurídico, atribuindo várias posições e opiniões de doutrinadores e estudiosos à farta Legislação existente, embora nessa seara todas as regras tenham previsão em nosso Código Civil de 2002 e jurisprudências e, principalmente, em nossa Constituição Federal.

⁸⁸ Ibid., p. 347.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. Nº 1.641 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

As regras normatizadoras inseridas no direito civil constitucional e no direito de família seguem princípios basilares que estão sempre em função do cidadão, da proteção aos seus direitos conquistados de acordo com as suas necessidades e com o desenvolvimento humano constante.

Podemos destacar como fundamental o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal), que, segundo o doutrinador Flávio Tartuce,⁸⁹ implica a valorização da pessoa:

Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto..., 2001). Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada. Ora, não há ramo do Direito privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações.

Como explicita o doutrinador, o destaque dado à pessoa, o valor embutido no conceito, está na valorização do ser humano, mantendo-o num patamar acima de qualquer outro instituto jurídico.

Pelo princípio da solidariedade familiar (art. 3º, I, da Constituição Federal), o objetivo maior é a construção de uma sociedade, advindo a participação do casal, para que essa sociedade seja livre e justa também, o que concorre para as relações intrínsecas à vida em família, pois a solidariedade é o ponto de partida em uma união matrimonial, incluindo, assim, as despesas com alimentação e todas as necessidades normais de uma vida a dois, inclusive participando democraticamente em todos os aspectos psicológicos e afetivos que se somam nesse tipo de sociedade formada.⁹⁰

É importante um princípio justo e perfeito em que a solidariedade vise à construção da sociedade familiar, a mais antiga forma de grupos, com respeito mútuo e contribuição entre si.

⁸⁹ TARTUCE, 2008, p. 26.

⁹⁰ Ibid.

Quanto ao princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, previsto no art. nº 226, § 5º, da Constituição Federal e no art. nº 1.511 do Código Civil, que busca a isonomia entre os cônjuges, o doutrinador Flávio Tartuce⁹¹ esclarece que

Assim como há igualdade entre filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal e convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, I da CF/88). Consigne-se que o art. 1.º do atual Código Civil utiliza a expressão pessoa, não mais o termo homem, como fazia o art. 2.º do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Segundo tal princípio, ficam estabelecidas, então, a igualdade de direitos e deveres e a liberdade plena de direitos e deveres entre os cônjuges e os companheiros.

Sendo assim, pelo princípio da igualdade na chefia familiar, previsto nos art.os. nº 1.566, III e IV, nº 1.631 e nº 1.634 do Código civil e nos art.os. nº 226, § 5º, e nº 227, § 7º, da Constituição Federal, fica entendido que, como consequência, surge também a igualdade entre os cônjuges no tocante ao poder familiar, que é exercido pelo homem e pela mulher em colaboração, inclusive com a participação das proles, o que veio derrubar a hierarquia familiar no sentido de dominação patriarcal ou matriarcal.⁹²

Ora, se há uma contribuição para o exercício da plena cidadania através dos direitos iguais para todos, mesmo no seio familiar, devemos invocar, então, o princípio da não intervenção do Estado.

E pelo princípio da não intervenção ou da liberdade, conforme preceitua o art. nº 1.513 do Código Civil brasileiro, ficou estabelecido que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.⁹³

No direito de família houve uma evolução muito grande no tocante às garantias dadas à pessoa baseada no princípio da dignidade humana. Para o doutrinador Cristiano Chaves de Farias,⁹⁴

⁹¹ Ibid., p. 33.

⁹² Ibid.

⁹³ BRASIL, 2002.

⁹⁴ FARIAS, 2006, p. 50.

Os reflexos da efetivação da dignidade humana no Direito de Família são variados e conferem novo conteúdo a velhos institutos jurídicos. Trilhando a idéia do respeito aos direitos fundamentais da pessoa (não só pelo Poder Público, mas, por igual, pela sociedade, pela família e pelos cidadãos, tanto nas relações públicas, quanto nas relações humanas, pessoais), percebe-se uma fértil aplicação do valor dignidade nas relações de Direito de Família.

Traça-se um horizonte com base no respeito mútuo e avançando para os tempos modernos, em que a pessoa é vista sob um prisma de valor pessoal e dentro do contexto social no qual está inserida atualmente e respondendo pelos seus atos.

Dentro desse enfoque, traz-nos o doutrinador Paulo Lôbo⁹⁵ que a imposição do regime de casamento com separação obrigatória de bens para pessoas com mais de 60 anos de idade é inconstitucional no amplo sentido, pois

A segunda hipótese é a dos nubentes com idade maior de 60 anos. Bastando que apenas um deles supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido, na data da celebração do casamento. Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não o faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus.

Trouxe-nos, então, o Código Civil brasileiro de 2002 uma regra já inserida no antigo Código Civil, mas com sutil inovação no inciso II do artigo 1.641, segundo o qual "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos".⁹⁶

Essa medida serve tanto para a situação em que ambos os cônjuges atingiram 60 anos de idade quanto nos casos em que apenas um dos cônjuges chegou à idade estipulada na norma.

O doutrinador Cristiano Chaves de Farias,⁹⁷ discorrendo sobre limitações da liberdade de escolha no regime de bens quando um dos contraentes do casamento tenha mais de 60 anos de idade, explica que

Por força de circunstâncias de ordem pública, reputadas relevantes em razão da especial proteção e algumas pessoas ou situações, o Código Civil mitigou, no art. 1.641 a liberdade de escolha do regime patrimonial do casamento (regime de bens). É o denominado regime legal obrigatório ou

⁹⁵ LÔBO, 2008, p. 299.

⁹⁶ BRASIL, 2002.

⁹⁷ FARIAS, 2006, p. 50.

regime de bens compulsório. Impõe-se, assim, a algumas pessoas a submissão compulsória ao regime de separação de bens, com a intenção nítida de impedir que ocorra mistura patrimonial em tais núpcias, preservando separada e individualmente os interesses de cada cônjuge.

Sob o pretexto de proteção ao indivíduo, impõe a regra dessa cláusula uma restrição à liberdade concedida à pessoa com mais de 60 anos de idade pela nossa Lei Maior, pois o regime de bens é a forma de administração de bens particulares e individuais.

Em comentário explicativo feito em sua obra, o doutrinador Flávio Tartuce⁹⁸ afirma que o regime de separação de bens é o regime da separação legal ou obrigatória de bens:

Trata-se de um regime imposto por lei, que reduz a autonomia privada dos nubentes. Desse modo, nos seus casos, se eleito por pacto antenupcial o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, tal pacto será nulo por infração à norma de ordem pública (art. 1.655 do CC). O art. 1.641 do CC, que reproduz o art 258, § único, do CC de 1916, impõe, de forma obrigatória, o regime de separação de bens, nos seguintes casos: [...] II – Da pessoa que tenha idade superior a 60 anos, o que vale tanto para o homem quanto para a mulher.

Afirma, ainda, Flávio Tartuce⁹⁹ que “A razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime”.

A razão que o legislador procurou à época foi a de, através da precaução legal, desestimular golpes de aventureiros que pudessem simular apego, amor ou afeto a pessoas fragilizadas por algum motivo, seja pela idade ou mesmo por situações pessoais, e com isso tirar proveito financeiro.

A doutrinadora Silmara Juny Chinelato¹⁰⁰ afirma que não ficam claros ou compreensivos os motivos para tal norma e diz que

Não se compreende a razão de o legislador do início do milênio considerar como pessoa de pouco discernimento e, por isso, com necessidade de proteção da lei, a que tiver mais de sessenta anos. Não há razão científica para tal consideração. Ao contrário, pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si

⁹⁸ TARTUCE, 2008, p. 154.

⁹⁹ Ibid., p. 154.

¹⁰⁰ CHINELATO, 2004, não paginado.

mesmas. Acresça-se que, segundo pesquisas do IBGE, a idade média do brasileiro está em ascensão, sendo maior do que a apontada no início do século passado, quando promulgado o Código de 1916.

A razão talvez estivesse no motivo que já é bem conhecido, o fato de alguém se apresentar jovem, bonita e formosa, fazendo o papel de uma adolescente totalmente apaixonada pelo senhor afortunado e septuagenário, ou então aquele jovem moço esperto que se diz encantado pelos dotes atrativos de uma senhora rica.

Para evitar esses artifícios repletos de má-fé e somente visando à situação econômica e financeira, põe o legislador essa restrição em nosso ordenamento jurídico, impondo à pessoa com mais de 60 anos de idade o regime da separação de bens obrigatório, talvez sob a sua ótica, preservando-a com tal cláusula, tanto quanto possível, da normalidade e da lisura das relações interpessoais, como se isso contemplasse todos os possíveis e imagináveis golpes.

O referido inciso veio reproduzindo parte da regra que vigia no Código Civil de 1916, conforme já citado, em que o legislador limitou a possibilidade de escolha do homem com mais de 60 anos de idade e da mulher com mais de 50 anos de idade, quanto à escolha do regime de seu casamento, pelas regras do direito civil, impondo-lhe a separação de bens obrigatória.

Na verdade, essa regra no Código Civil vigente foi implantada sob a velha ótica, mas alterando a idade para ambos os sexos, atentando contra a dignidade da pessoa humana, inclusive se contrapondo ao que está disposto no artigo nº 230 da Constituição Federal, que estabelece que “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”.¹⁰¹

O doutrinador Carlos Eduardo Nicoletti Camillo¹⁰² nos ensina que

A lei não permite o regime da comunhão parcial de bens para determinadas hipóteses, ora porque quer impor penalidade aos nubentes, ora porque pretende proteger os interesses dos cônjuges e seus herdeiros. O código impõe novas condições, o regime obrigatório da separação de bens, isto é, o regime que se caracteriza pela completa separação de patrimônio dos dois cônjuges, desprovido de qualquer comunicação entre os bens dos cônjuges. Frise-se, a propósito, que não se tratou aqui, de livre escolha por parte dos nubentes, mas de *factum princeps*, isto é, imposição de norma de ordem pública sem qualquer possibilidade de opção dos nubentes.

¹⁰¹ BRASIL, 1988.

¹⁰² CAMILLO, 2006, não paginado.

O fato de ser imposto tal procedimento restringe o direito de pessoas com mais de 60 anos de idade, quando a sua vontade não está sendo respeitada. Porém, há restrição a direitos conquistados em nossa Lei Maior, pois o inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil brasileiro abrange pessoas com mais de 60 anos de idade, inclusive se somente um dos nubentes tenha 60 anos, restrição essa que era para ser de proteção por decisões tomadas sem consciência plena, por impulso de paixões, no entendimento do legislador, passando a coibir a possibilidade de outro regime de bens.¹⁰³

A interpretação do texto constitucional é clara e não permite outra interpretação, senão a que estabelece em seu bojo, que é sempre possível afirmar que os princípios fundamentais são dotados de normatividade e são imperativos, o que fica estabelecido que têm efeito vinculante, pois são regras jurídicas efetivas.¹⁰⁴

Afirma, ainda, Colnago¹⁰⁵ que

Quando uma norma infraconstitucional viola um princípio fundamental, partindo-se da premissa de que os princípios fundamentais, sejam explícitos ou implícitos, encontram-se inseridos no texto constitucional, em havendo contradição entre eles e uma dada norma infraconstitucional, esta será considerada inconstitucional, devendo ser retirada do mundo jurídico.

Com tal inciso à luz de nossa Constituição, não há como esconder que fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o doutrinador.

Igualmente, destaque-se o texto inserido no artigo 3º da Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu inciso IV, que prevê como objetivo da República Federativa do Brasil "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".¹⁰⁶

A imposição feita por cláusula infraconstitucional interfere no direito individual da pessoa, nesse sentido, transcrevemos a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,¹⁰⁷ o qual confirma a tese de inconsequência do referido dispositivo legal:

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ COLNAGO, 2007.

¹⁰⁵ Ibid., p. 26.

¹⁰⁶ BRASIL, 1988.

¹⁰⁷ SÃO PAULO, 1998.

Casamento – Regime de Bens – Separação legal obrigatória – Nubente sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, par. Único (atual art. 1.641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da ação anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*'substantive due process of law'*), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1.641, CC).

Na decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, fica clara a incoerência da norma quando aplicada a caso específico, pois contrário ao dispositivo inserido na norma é o pensamento da instituição, invocando inclusive os preceitos dos princípios constitucionais já comentados, tornando válida a doação quando a pessoa se enquadra nas condições do inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil.

Tal dispositivo inserido em nosso Código Civil também afronta, em última instância, o princípio da igualdade e o direito de propriedade, previstos no caput, “todos são iguais perante a lei”, e no inciso XXII, “é garantido o direito de propriedade”, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, sendo uma garantia de um direito fundamental do indivíduo.¹⁰⁸

Para a doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes,¹⁰⁹

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico. Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde que ela se manifeste.

Destaca, ainda, a doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes¹¹⁰ que

De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e

¹⁰⁸ BRASIL, 1988.

¹⁰⁹ MORAES, 2006, p. 15.

¹¹⁰ Ibid., p. 15.

que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos...

No mesmo sentido de aceitação da ilegalidade de tal cláusula restritiva de direito, transcrevemos o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.¹¹¹ Nos termos do voto do relator, a Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso para, tão somente, admitir a habilitação da agravante no inventário, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBJETO DO RECURSO. ACERTO OU DESACERTO DO *DECISUM* IMPUGNADO. DISCUSSÃO DE TEMAS NÃO DECIDIDOS NO JUÍZO *A QUO*. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE RECEBEU RECURSO DE APELAÇÃO EM AMBOS OS EFEITOS, EXCETO QUANTO AO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. EXEGESE DO ART. 520, VII, DO CPC. EXCEÇÃO À REGRA DO EFEITO DÚPLICE DA APELAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O objeto do agravo de instrumento está restrito ao acerto ou desacerto da decisão impugnada, sendo vedada à discussão de temas não apreciados em primeiro grau de jurisdição, sob pena de supressão de instância (TJSC – AI n. 2006.044457-8, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 15-2-2007). Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para, tão-somente, admitir a habilitação da agravante no inventário.

A razão da interferência no direito individual e a aceitação do agravo de instrumento mostraram-se suficientes para admitir a ilegalidade de tal dispositivo.

Assim se manifesta em outro julgado o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.¹¹²

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. CÔNJUGE SUPÉRSTITE QUE NÃO OSTENTA A QUALIDADE DE HERDEIRA. CHAMAMENTO DOS FILHOS A SUCEDER. INEXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE OS DESCENDENTES E A CONSORTE. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO SOB O REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS. ILEGITIMIDADE FLAGRANTE. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE INTERESSE PROCESSUAL, NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. DEMANDA INSERVÍVEL À REIVINDICAÇÃO DOS AQUÊSTOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.824, 1.829, INC. I, E 1.845, TODOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 C/C ARTS. 3º E 267, INC. VI, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A cônjuge supérstite, cujo regime de bens adotado no matrimônio com o falecido era o da separação obrigatória de bens, não goza de legitimidade para intentar ação de petição de herança, porque ausente a qualidade de herdeira. 2. A ação de petição de herança é, ademais, instrumento processual inservível à pretensão de reivindicação dos aquêstos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.025781-6, da comarca da Capital/Distrital do Norte da Ilha (Regime

¹¹¹ SANTA CATARINA, 2007.

¹¹² Id., 2008.

Exceção Sucessões e Registros Públicos), em que é apelante Marli Maria da Silveira Cardoso, e apelados Amauri Atanásio Cardoso e outros: ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

No entendimento do douto desembargador, baseado na cláusula restritiva do Código Civil brasileiro, aplica-se a ilegitimidade para a referida pretensão, considerando ilegítima à parte intentar ação que vise a um direito presumido.

Atualmente no Código Civil brasileiro, em seu art. nº 1.829, inciso I, sob o regime de separação obrigatória, o cônjuge só não herda se concorrer com os filhos do falecido, mas, se o falecido não tiver filhos, ele concorre com os ascendentes ou pode ficar com toda a herança.

Como já citado, a doutrinadora Dra. Silmara Juny Chinelato¹¹³ discorda do pensamento do legislador da época da elaboração do Código Civil brasileiro, dizendo não compreender a razão do legislador considerar uma pessoa com mais de 60 anos como de pouco discernimento, pois não há nenhuma prova científica dessa necessidade, o que há na verdade é um amadurecimento natural e absorção de mais conhecimentos que lhe darão suporte para poder decidir com liberdade sobre sua vida e seus patrimônios conquistados.

Embora não seja tão antiga a primeira legislação que introduziu tal dispositivo, pois o Código Civil brasileiro de 1916 foi pensado e elaborado desde 1890, para a atual conjuntura deixa a desejar no que se refere à incapacidade e à proteção oferecida.

Segundo pesquisa recente feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a idade média do brasileiro está crescendo, pois as condições de vida melhoraram significativamente em comparação ao momento da elaboração do primeiro Código Civil brasileiro. Hoje, o sinônimo de velhice já não é o mesmo, pois se chega facilmente aos 60 anos de idade, o que não ocorria há 90 anos. A capacidade de discernimento também é outra, por isso em todos os aspectos, inclusive no legal, pode-se tornar inconstitucionais regras baseadas em normas antigas.¹¹⁴

Para Silmara Juny Chinelato,¹¹⁵

¹¹³ CHINELATO, 2004, p. 289.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid., p. 291.

A desigualdade só se justifica quando trata desigualmente os desiguais, no ponto em que se desigualam. Não há desigualdade alguma entre a pessoa com menos de 60 anos e com mais de 60 anos, conforme supõe, sem base científica, o Inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

Na Câmara do Senado e também na Câmara Federal, existem projetos de leis visando à desconstituição do referido inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil brasileiro, assim como à sua própria inconstitucionalidade. Vejamos as afirmativas do Senador José Maranhão,¹¹⁶ que alega em defesa da retirada de tal inciso:

Embora o legislador do novo Código tenha se dedicado a promover, sob esse aspecto, a igualdade substancial entre o homem e a mulher, ao determinar uma idade comum a ambos a partir da qual passa a valer a condicionante, logrou atrair, em contrapartida, críticas severas de diversos juristas e magistrados. Eles consideram tal imposição de regime de bens não apenas uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se argüido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X, e ao art. 226, do qual emerge o princípio da liberdade de constituir entidade familiar.

Nesse sentido, fica clara a ingerência do Estado na sociedade familiar, o que tem previsão contrária em nossa Constituição.

Existem fortes indícios e relevantes motivos para a mudança do referido inciso em nosso Código Civil, pois atenta contra as pessoas que alcançam a idade de 60 anos, restringido seus direitos previstos na Lei Maior, e não somente isso, também as torna incapazes para tal exercício, discriminando-as e conduzindo-as para fora de uma sociedade, ferindo suas conquistas que as tornam dignas como seres humanos, por isso a posição contrária a tal dispositivo, que necessita ser revogado.¹¹⁷

O critério adotado seria o de expurgar tal dispositivo, pois de nada adiantaria a elasticidade de tal parâmetro, pois continuaria a impor a mesma restrição.

A Deputada Federal Solange Amaral,¹¹⁸ em seu projeto de Lei, afirma que

Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõem às contemporâneas condições de vida

¹¹⁶ MARANHÃO apud BRASIL, 2006.

¹¹⁷ Ibid., não paginado.

¹¹⁸ AMARAL apud BRASIL, 2007.

usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos.

No campo das hipóteses e no sentido emergente, divaga-se ao pensar que o homem ou a mulher septuagenária não tem liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, quando são considerados absolutamente incapazes de definir relações patrimoniais do seu estado de família.

E, ainda, pode-se levar em consideração os direitos adquiridos pelo cidadão quando promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, o da aplicação do princípio da dignidade humana nas relações interfamiliares, pois interfere sobremaneira na liberdade de escolha do regime de bens quando do casamento, isso quando os nubentes contarem com 60 anos ou mais ou mesmo quando apenas um deles, o que vem violar a nossa Lei Maior, comprometendo o direito de tratamento jurídico igualitário, bem como a liberdade de se autodeterminarem. Como já posto, viola-se o inciso I do art. 5º, além do § 5º do art. nº 226 da Constituição Federal, afrontando a legalidade constitucional. Essa hipótese atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana quando interfere em sua autonomia pessoal e a constrange à tutela do Estado, restringindo o seu direito de contrair matrimônio, sendo inconstitucional esse ônus.¹¹⁹

Assim, estabelece-se um prisma que irá confrontar a nossa Lei Maior e a norma infraconstitucional (Código Civil brasileiro de 2002), dando a entender que os parâmetros de medição da capacidade de discernimento, à época da elaboração do Código Civil brasileiro de 1916, supostamente não seriam os mesmos à época da elaboração da norma em 2002, mas subsistiu, ainda, a restrição impositiva às pessoas com mais de 60 anos de idade, o que, para os tempos atuais, é superado em muito, pois levantamentos feitos por institutos credenciados em nosso país constataam uma idade média superando a casa dos 72 anos de idade, as condições

¹¹⁹ FARIAS, 2006, p. 53.

de saúde mental e física melhores, interferindo na capacidade laboral do indivíduo, bem como nas necessidades afetivas intrínsecas ao ser humano.

5 CONCLUSÃO

Restitui a liberdade aos cativos ou tua coroa passará a mãos estranhas, essa é a voz da justiça humana, que clama pela devolução da liberdade e dos bens, pela sua dignidade recomposta e reedificada dentro de seu interior reconstruído em todo o seu esplendor, pois senão o leão rugindo, prestes a devorar-vos, pressagia o vosso fim se não ouvirdes a voz da justiça.¹²⁰

O casamento é uma instituição que nasceu quase com a história do homem, a sociedade criada estabeleceu regras e condições no passar dos tempos, assim como avançou e aperfeiçoou as bases de sustentação dessa instituição.

O regime de bens veio dar uma normatização para a instituição casamento, regrando os efeitos patrimoniais e dando direitos e deveres aos cônjuges quanto à meação, à herança ou ao legado.

A Constituição brasileira de 1988 atribui princípios fundamentais e convalida direitos adquiridos até então não normatizados, o que, sob todos os aspectos, avança no tempo para garantir ao homem condição de dignidade em seu meio social.

O Código Civil de 2002, embora pensado já antes de nossa Constituição Federal de 1988, mas promulgado e vigorando em 2003, manteve em seu bojo uma regra que infringe direitos individuais e de liberdade, conseguidos e convalidados por nossa Lei Maior, regra essa pensada nos idos de 1890, ainda quando o Brasil não era República.

Há de se contestar tal cláusula, pois fere frontalmente os princípios de nossa Carta Magna ao excluir pessoas com mais de 60 anos de idade do direito de escolher livremente seu regime de bens, ou seja, a forma como vão administrar seus bens ou patrimônio particular, sob o pretexto de protegê-las, porque são sábios aqueles que podem julgar tal afronta, visto que normalmente já passaram dessa idade, mas não o são aqueles que pretendem ao praticar seus atos livres e sob a égide de uma constituição que traz em seu artigo 1º a expressão “Estado Democrático de Direito”, uma opção de constituir sociedade conjugal sob qualquer regime de bens.

¹²⁰ ONIAS, 1999, p. 8.

Tem o legislador a autorização de inferir no direito particular de indivíduos maiores e capazes de administração da propriedade, sob o pretexto de proteção, para titular direito alheio? Não, ele deve abster-se de contrariar nossa Lei Maior e simplesmente tomar seu mandato para realizar pretensões daqueles que representa, e não representá-los, ou mesmo pedir a outorga de tal mandato sob a forma de cláusula inserida em Lei.

Inconstitucional torna-se o ato que contraria nossa Constituição Federal, pois a afronta clara é combatida até pelos próprios legisladores, ora suscitando sua retirada de tal diploma, ora tentando torná-la inconstitucional.

Temos que progredir em nossos tempos, e não achar que se tornando o homem mais cômico de suas ações possa praticar atos ou atitudes que lhe valerão o fim de suas vidas, pois tudo o que criou, fez ou construiu foi fruto de seus esforços, seu suor e com muito pensar. Hoje, diz tal inciso do art. nº 1.641 do nosso Código Civil, sob o pretexto de proteção, que ele já não possui mais condições de discernir, portanto, tem que ser tutelado.

Se para harmonizar a legislação infraconstitucional com todos os preceitos constitucionais seja necessária a revogação do inciso II do art. nº 1.641, que se aplique a Lei e se faça a justiça com a máxima prevalência do respeito à dignidade da pessoa humana em seus direitos individuais e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Jurídica Brasileira Ltda., 1993.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Há prazo para constituição da união estável, diante da CR/88 e do CC/02?** Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2721&Itemid=83>. Acesso em: 15 jul. 2009.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei nº 209, de 01 de fevereiro de 2006. Dispõe sobre a inconstitucionalidade do inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. Projeto de Lei nº 108, de 10 de fevereiro de 2007. Dispõe sobre o cancelamento do inciso II do art. nº 1.641 do Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil, de 01 de outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Comentários ao Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Não paginado.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil:** parte especial – do direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004. Não paginado. v. 8 (arts. 1.591 a 1.710).

COLNAGO, Rodrigo. **Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Estudos Direcionados).

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio.** São Paulo: Saraiva, 1987.

DHNET. **Declaração Universal dos direitos humanos.** Assembléia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Resolução nº 217 A (III). Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 28 ago. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 19. ed. ver., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e o Projeto de Lei nº 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5 (direito de família).

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional:** a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 8. ed. ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. **Máximas e reflexões.** São Paulo: Forense. 2002.

JORDÃO, Luciana Ramos. **O direito sucessório dos companheiros à luz do código civil de 2002.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11840>> Acessado em: 28 ago. 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.** 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5 (direito de família e das sucessões).

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. Barueri, SP: Manole, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Jelson. **A história do casamento**. Disponível em: <<http://www.cpt.org.br/?system=news&action=read&id=139&eid=128>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

ONIAS, Antonio Netto. **O cavaleiro do oriente**. Rio de Janeiro: Gob1, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ato Institucional 2006.017309-5 – Pleno. Julgado em 14 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=2006.017309>>. Acesso em: 15 set. 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.025781-6. Julgada em 23 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=2008.025781-6>>. Acesso em: 15 set. 2009.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ/SP, Ac. 2ª Câmara de Direito Privado, ApCiv.007.512-4/2.00. Julgado em 18 de agosto de 1998. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoSimples.do>>. Acesso em: 15 set. 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 4.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008. v. 5 (família).

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. ver., atual. e ampl. pelo autor de acordo com a jurisprudência e com o novo Código Civil com a colaboração da Prof.a Priscila M. P. Correa da Fonseca. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000a.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Técnicas de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000b.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**. São Paulo: Pioneira, 2002.