

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

LAIZA MINELLY BRITO SANTOS

**LIVRE ARBÍTRIO NA ESCOLHA DO REGIME DE CASAMENTO SEM IMPOSIÇÃO
DA IDADE**

**ARACAJU
2018**

LAIZA MINELLY BRITO SANTOS

**LIVRE ARBÍTRIO NA ESCOLHA DO REGIME DE CASAMENTO SEM IMPOSIÇÃO
DA IDADE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe, como requisito parcial para a conclusão
do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

**ARACAJU
2018**

S237I SANTOS, Laiza Minelly Brito.

Livre Arbítrio Na Escolha Do Regime De Casamento sem Imposição Da Idade / Laiza Minelly Brito Santos; Aracaju, 2018. 55 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof.Esp. José Carlos Santos

1. Regime 2. Matrimônio 3. Livre Arbítrio 4. Igualdade
I. Título.

CDU 343.211.4(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

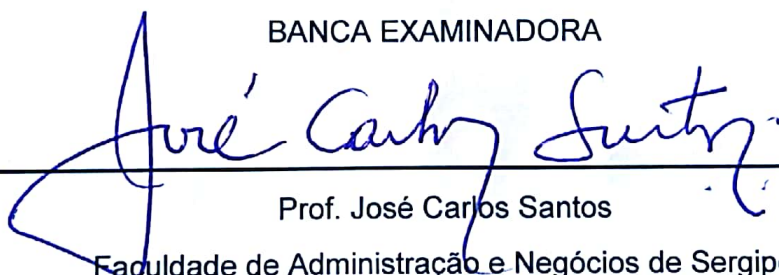
LAIZA MINELLY BRITO SANTOS

**LIVRE ARBÍTRIO NA ESCOLHA DO REGIME DE CASAMENTO SEM
IMPOSIÇÃO DA IDADE**

Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Faculdade de Administração
e Negócios de Sergipe, como requisito parcial
para a conclusão do curso de Bacharelado em
Direito.

Aprovada em 06/12/18

BANCA EXAMINADORA



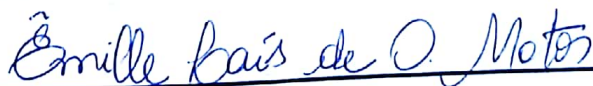
Prof. José Carlos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof.ª Caroline Valeriano da Silva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof.ª Êmille Laís de Oliveira Matos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

Tudo que sou, agradeço a Deus, pois Ele é o autor e consumidor da minha vida. Aos meus pais por serem instrumentos de instrução pessoal e, ao meu querido nobre Professor José Carlos, pela direção e competência na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e forças para superar as dificuldades, e por estar sempre ao meu lado. A esta faculdade, seu corpo docente, direção e administração, que oportunizaram a janela no qual hoje vislumbro um horizonte superior eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes. Ao excelentíssimo orientador, José Carlos Santos, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos. Aos meus pais, Ceiça e Galego, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. A estes gratidão eterna. Meu esposo Cleverton Melo, pela paciência, carinho e apoio. As minhas irmãs Layane, Lara e Maria pelo companheirismo e aprendizado. Aos meus nobres amigos da faculdade, e aos amigos irmãos da igreja Nilton e Elizangela, Iran e Diana, Edna e Valdemilson, Edileuza e Fernando e a Geovania e Joanes. Aos meus sogros, Dona Augusta e Cícero, e as minhas cunhadas, Elizangela, Leila e Leiliane, e cunhados, Lucian e Cledison, pelo carinho e acolhimento. E, por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação: o meu muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de abordar com mais nitidez acerca do discernimento inerente ao matrimônio em seu todo, discorrendo sobre os motivos de impedimentos, as causas de extinção, bem como, o desenvolvimento para habilitação, porém, com uma ênfase de maneira específica no regime de separação total de bens, pois, este regime é alvo do Estado, quando este impõe limites, para aqueles que anseiam contrair um matrimônio e tem setenta anos de idade ou mais. Nesse cenário, é mister fazer uma introspecção em relação a essa desarrazoada intervenção Estatal, que contraria o livre arbítrio do indivíduo. Outrossim, é saudável acentuar que o sujeito septuagenário, não fica despedido de sua capacidade, por conseguinte tampouco perde o seu direito de atinentes a vida civil. Todavia, o direito civilista não deixa nenhum vestígio pertinente a incapacidade parcial ou absoluta colocando limite para pessoas maiores de 70 anos, como prerrogativa para perda da capacidade. Para tanto, o matrimônio não se restringe a um ato solene, pois, perpassa, demonstrando diversas formalidades e regramentos, onde por sua vez, são requisitos essenciais para que o mesmo seja concretizado. O casamento é o pilar para a formação de uma família além do mais, este estar estreitamente ligado com a cultura tradicional e histórica, com os dogmas religiosos, onde por longos tempos a igreja romana deteve esse direito inerente ao matrimônio. No tempo presente, o Supremo Tribunal Federal, trouxe outra interpretação ao relacionado ao conceito de casamento ao texto constitucional trazendo outro tipo de casamento, além do tradicional que é homem com mulher ou vice-versa exemplo, o homoafetivo, que se dar entre pessoa do mesmo sexo.

Palavras-chave: Regime. Matrimônio. Livre Arbítrio. Igualdade.

RESUMEN

El presente estudio tiene por alcance, el objetivo de abordar con más nitidez acerca del discernimiento inherente al matrimonio en su totalidad, discurriendo sobre los motivos de impedimentos, las causas de extinción, así como el desarrollo para habilitación, sin embargo, con un énfasis de manera específica en el régimen de separación total de bienes, pues, estos régimen es blanco del Estado, cuando estos impones límites, para aquellos que anhelan contraer un matrimonio y tienen setenta años de edad o más. En ese escenario, es menester hacer una penetración en relación a esa desorganizada intervención Estatal, que contraría el libre albedrío del individuo. Por lo demás, es saludable acentuar que el sujeto septuagenario, no queda despedido de su capacidad, y por lo tanto tampoco pierde su derecho a la vida civil. Sin embargo, el derecho civilista no deja ningún vestigio pertinente incapacidad parcial o absoluta colocando límite para personas mayores de 70 años, como prerrogativa para pérdida de capacidad. Para ello, el matrimonio no se restringe a un acto solemne, pues, traspasa, demostrando diversas formalidades y reglas, donde a su vez, son requisitos esenciales para que el mismo sea concretado. El matrimonio es el pilar para la formación de una familia además, estar estrechamente ligado con la cultura tradicional e histórica, con las dogmas religiosas, donde por largos tiempos la iglesia romana detuvo esos derechos inherentes al matrimonio. En el tiempo presente, el Supremo Tribunal Federal, trajo otra interpretación al relacionado al concepto de matrimonio al texto constitucional trayendo otro tipo de matrimonio, además del tradicional que es hombre con mujer o viceversa ejemplo, el homoafetivo, que se dar entre persona del hombre, el mismo sexo.

Palabras-clave: Régimen de bienes. Matrimonio. Libre albedrío. Igualdad.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	12
2	ESCORÇO HISTORICO DO CASAMENTO	16
2.1	A União Estável	18
3	MÁXIMA DO CASAMENTO	21
3.1	Noções gerais acerca do casamento	22
3.2	Estrutura Jurídica: Processo de habilitação e Invalidade	23
3.3	Peculiaridades do casamento	24
3.3.1	Intuite Personae	25
3.3.2	Liberdade de escolha	25
3.3.3	Formalidade	26
3.3.4	União permanente	27
3.3.5	Publicidade	27
3.3.6	Dissolubilidade	28
3.3.7	União Exclusiva	29
4	LINEAMENTO ACERCA DO REGIME DE BENS	30
4.1	Noções conceituais acerca do regime de bens	30
4.2	Comunhão Universal de bens	31
4.3	Regime de comunhão parcial de bens	32
4.4	Regime da participação final nos aquestos	33
4.5	Regime da separação de bens	34
5	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	36
5.1	Entendimento inerente aos direitos fundamentais	37
5.2	Início dos Direitos fundamentais	38
5.3	Introdução dos Direitos Fundamentais na Lei Maior e a sua Estruturação	39
5.4	Particularidades dos direitos fundamentais	40
5.5	Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana	42
6	Entendimento do Supremo Tribunal Federal : Súmula 377	46
6.1	Direito de Escolha	47

7	CONCLUSÃO	50
	<u>REFERÊNCIAS</u>	<u>53</u>

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 deixa explícito que o Estado tem o dever obrigacional em proporcionar aos cidadãos os serviços de segurança, educação e saúde, dentre outros.

Partindo desse entendimento por também estar disciplinado em lei, é reservado no Código Civil artigos que tratam de forma específica os regimes de casamento, sendo garantido aos nubentes o direito de antes da celebração do matrimônio optar pelo regime que desejam ter. Dessa forma, cada regime tem regras a serem cumpridas, implicando na maneira que os bens serão administrados na constância do casamento, bem como em uma eventual separação. Por conseguinte, a consumação de sua escolha é consagrada quando ocorre o processo de habilitação para o casamento. Os regimes de bens são quatro sendo eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação total de bens e participação final nos aquestos.

Nesse viés, não deveria acontecer uma intervenção estatal de imposição, pela qual determinar o regime de bens do casamento de uma pessoa, com capacidade absoluta, e bastante experiência de vida e maturidade de discernimento, que tenha mais de 70 anos de idade, pois por essa mesma entidade, foi disciplinado em lei as opções que, poderão ser escolhidas pelos nubentes.

Posto isto, emerge uma indagação: Porque há interferência estatal diretamente no livre arbítrio da escolha do regime de bens, para os septuagenários? Com intuito de tornar compreensível esse questionamento, foram criadas as seguintes questões norteadoras: Como promover uma introspecção à cerca do regime de separação total de bens sob a imposição estatal? Qual o modo de externar que o indivíduo aos 70 anos de idade, ainda é civilmente capaz? De que forma se identifica a parte disponível dos bens do septuagenário? Como analisar a mão invisível do Estado, na escolha do regime do matrimônio?

Assim, buscar-se-ão resultados para tais indagações através de pesquisas bibliográfica de doutrinas, desta maneira, clareando nitidamente

para a população.

Salienta-se que, o assunto em baila é de extrema importância por tratar-se do livre arbítrio do indivíduo, resguardado no princípio da dignidade da pessoa humana. Desde então, o tema em tela chamou a atenção do autor principalmente pela falta de harmonia existente ao defender na Lei Maior a liberdade de escolha e o ditame de que todos são iguais perante a lei e a restrição do Estado cerceando uma vontade de maneira a violar o que a Carta Magna tentou proteger no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A monografia ora exposta colima por apresentar uma pesquisa voltada para a intervenção estatal no regime de matrimônio com separação total de bens, tornando-o um objeto de reflexão.

O autor, desde então, interessou-se pelo assunto, por entender que há um tratamento diferenciado ao se tratar de indivíduos maiores de 70 anos, pois, estes são absolutamente capazes e bastante experientes para tomar decisões sejam elas quais forem, mesmo que ainda estejam em uma idade avançada.

O trabalho é essencialíssimo, pois traz em seu bojo, uma reflexão para o mundo acadêmico, com intuito de desencadear um debate e com isso, inquirir os legisladores para a problemática.

E como já mencionado acima, ao trazer a reflexão da sociedade em geral, esta possa contribuir para que se tome medidas que venham mexer com o ordenamento jurídico, para pelo menos minimizar os efeitos causados pela imposição desse regime.

Em relação ao objetivo geral, esse trabalho propõe-se em demonstrar que a imposição do Estado na escolha do regime de bens para o noivo ou a noiva maior de 70 anos de idade, fere princípios fundamentais consolidados pela Lei Maior, fragmentando a liberdade de escolha do cidadão. Nestes toar, os objetivos específicos buscarão: Promover uma reflexão acerca do regime de separação total de bens sob a imposição estatal, demonstrar para o Estado que o indivíduo aos septuagenários, ainda é capaz, identificar a parte disponível dos bens do indivíduo com 70 anos de idade; bem como Analisar a mão invisível do Estado, na escolha do regime do casamento.

Para a pesquisa desse trabalho, será usado como metodologia uma

pesquisa pautada em levantamentos bibliográficos, pois, serão utilizados livros de consagrados doutrinadores, artigos científicos voltados para o tema específico do regime de separação total de bens para pessoa com 70 anos ou mais. Em caráter secundário serão utilizados os métodos auxiliares históricos.

A pesquisa quanto a abordagem possui natureza qualitativa, pois, ocorre a partir da coleta de dados do pesquisador com o assunto estudado, analisando os direitos e deveres do indivíduo, bem como embasar o instituto casamento.

Com relação ao objetivo, caracteriza-se como exploratória do tema proposto, haja visto, que pouco se discute sobre esse assunto, trazendo dados relevantes, devido à falta de interesse ao tema discutido.

A metodologia científica a ser utilizado é o hipotético dedutivo, devido as investigações das normas jurídicas do direito civilista brasileiro, que é o de maior relevância para o tema desenvolvido, de maneira que possa trazer uma explanação para o assunto.

Fato que proporcionou uma coleta de dados doutrinários que acabam por fornecer compreensão mais consentânea acerca do tema em tela.

Assim sendo, o primeiro capítulo é esta introdução. No capítulo 2, será delineado sobre o esboço histórico do matrimônio, inserindo uma explanação sobre união estável. O capítulo 3 apresentará um panorama geral das teorias do casamento, ensejando desde o conceito e o processo de habilitação para o ato matrimonial e a invalidade do mesmo até as peculiaridade de tal ato, os quais está intrinsecamente ligado com os resultados que se pretende alcançar com a pesquisa. No que desrespeito ao capítulo 4, este versará sobre a variedade de regime de bens, esses reconhecidos e previsto no Código Civil brasileiro. O capítulo 5 irá abordar sobre os Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, trazendo em seu bojo a importância desse assunto protegido pela Constituição Federal Brasileira para que os direitos dos indivíduos não sejam violados. Já o capítulo 6 trará à baila o tema chave deste trabalho que é a limitação imposta por força do artigo 1641 do Código Civil Brasileiro em seu inciso

II, que é o cerne da problemática apresentada, onde haverá um delineamento entorno da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal inerente ao livre arbítrio dos nubentes septuagenários.

Posto isto, o último capítulo trará as considerações finais do autor, alçados mediante a elaboração do trabalho de pesquisa.

2 ESCORÇO HISTÓRICO DO CASAMENTO

Este capítulo pauta-se em explicar de forma geral e breve o escorço histórico sobre o casamento. Nesse contexto, o matrimônio está elencado em lei e consagrado na doutrina. Portanto, essa instituição é considerada uma das mais relevantes do direito privado brasileiro, pois, é a base para a família e sociedade.

Desde o surgimento das primeiras civilizações o casamento desempenha um papel primordial na constituição da família, sendo sua estrutura criada inicialmente por princípios e costumes religiosos, éticos e morais, dessa forma, as religiões consideram sagrado o casamento, nesse viés, perdurou por muito anos os princípios do direito canônico que estabeleciam as regras a serem respeitadas e orientavam todos os ritos a ser seguidos do ato nupcial.

Aqui no Brasil, por muito tempo, a Igreja Católica foi titular quase que absoluta dos direitos matrimoniais; pelo decreto de 3 de novembro de 1827, os princípios do direito canônico regiam todo e qualquer ato nupcial, com base nas disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispo da Bahia. (DINIZ, 2012, p. 65).

Vale ressaltar que o instituto do casamento não foi criado pela religião e nem a família, contudo, é incontestável que a igreja teve uma grande contribuição nas regras e normas que induziram aos legisladores, para que o casamento fosse consagrado no Código Civil Brasileiro.

Entretanto, na estrutura do casamento sobrevieram direitos e deveres, tendo como consequência uma relação jurídica que mediante a sua sistematização produz efeitos legais específicos, nessa esteira, coloca Nader

A relação jurídica entre os casais contém deveres tanto de natureza pessoal quanto patrimonial. Com o capítulo dedicado ao Poder Familiar encerramos aquela primeira parte e com o atual, que trata dos princípios gerais do regime de bens, iniciamos a segunda. Como na vida individual das pessoas, na familiar os valores patrimoniais não constituem o fim último das ações, apenas meio ou instrumento para a realização dos objetivos que a inspiram. O componente patrimonial integra, pois, a estrutura das entidades familiares na condição de elemento-meio, suporte para o casal manter

seus elos de afetividade e prover a assistência devida à sua prole. Além das disposições pertinentes ao regime de bens entre os cônjuges, compõem o título Do Direito Patrimonial as normas relativas aos alimentos e ao bem de família. (NADER, 2016, p. 413)

O Decreto 181, em 24 de janeiro, de 1890, regulamentou no Brasil o casamento civil. Portanto, entre 1890 até os dias atuais, o casamento civil sofreu significativas transformações, pois, necessitava seguir as mutações que vinha ocorrendo na sociedade brasileira.

Nessa linha referente a mudanças, Nader expõe as variações sofridas no instituto do casamento desde seu surgimento:

Em nosso país, inicialmente, o casamento realizava-se por carta de ametade, ou seja, por comunhão universal. Este regime foi instituído por vias consuetudinárias e, posteriormente, consagrado pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Os nubentes, a essa época, já possuíam liberdade na elaboração de seu estatuto patrimonial e, apenas na falta deste, prevalecia o regime da comunhão universal, estabelecendo-se a copropriedade entre todos os bens, móveis e imóveis, haveres e obrigações, cada qual com a metade ideal, intransmissível durante o casamento. Com o Código Civil de 1916 o princípio da liberdade na criação do próprio estatuto foi conservado, mas o legislador disciplinou quatro modalidades de regimes: comunhão universal, comunhão parcial, separação, dotal. Na falta de pacto antenupcial prevalecia o regime da comunhão universal de bens. (NADER, 2016, p. 414)

Da inserção do casamento civil e das suas relevantes transformações, a viabilidade de dissolução, foi o primeiro passo de transformação dessa instituição. A separação do matrimônio surge em 1916, com o Código Civil, sendo utilizado o termo desquite, mas, apenas em 1977, que foi mencionado pela primeira vez, de forma clara a palavra divórcio.

A maior transformação e possivelmente a de mais significância, emergiu com a consagração da carta magna de 1988, também chamada de constituição cidadã, que traz em seu bojo de forma mais ampla o conceito de família, distanciando-se do tradicionalismo, fazendo com que os indivíduos passem a ser mais valorizado do que a instituição.

Todavia, no atual contexto de globalização e modernidade em que se

encontra o mundo, ao falar do casamento tradicional, é suma importância que seja abordado também uma modalidade que se assemelha ao casamento que cada dia mais vem substituído o casamento tradicional, conhecida por união estável, caracterizada pela convivência duradoura entre duas pessoas com objetivo de constituir família.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo, conhecido popularmente como matrimônio gay, homoafetivo e homossexual, é uma modalidade de casamento presente no contexto social da atualidade sendo mais atual ainda do que a referida no parágrafo anterior. Para uma parte dos doutrinadores e os defensores dessa modalidade de casamento, optaram em utilizar o termo de casamento igualitário.

Entretanto, em outros países, desde o ano de 1986 que a relação homoafetiva vem conquistando espaço no ramo do direito patrimonial. Teve seu início na Dinamarca onde passou a reconhecer os direitos patrimoniais para dar o devido amparo dessa relação com o casamento, mediante o cumprimento dos requisitos do país, posteriormente a lei holandesa em 1986 regulamentou as uniões de pessoas do mesmo sexo e em 1993 a Noruega não só regulamentou esse tipo de união como também conferiu aos parceiros o poder familiar.

Pouco tempo atrás, em 2006, a Inglaterra sancionou a lei que conferia aos parceiros registrar a união num cartório cabível.

Apesar dessa modalidade de casamento não estar consolidada em nossa constituição, ganhou legalidade através de um entendimento do Supremo Tribunal Federal, que validou o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo equiparando ao casamento tradicional entre homem e mulher.

2.1 A União Estável

O Código Civil Brasileiro de 2002 recepcionou o instituto da união estável, bem como o artigo 226 §3º da Constituição Federal de 1988. Nesse viés, passou a ser assegurado aos indivíduos que expressava de forma objetiva o desejo de formar uma relação afetiva contínua e duradoura, por conseguinte esta passaria a ser pública, porém, a intenção principal estava voltada em constituir família.

A união estável passou a ser reconhecida em detrimento da crescente quantidade existente na sociedade, mas a proteção da família é de suma importância, em virtude de ser o bem maior a ser discutido. Entretanto, o que pode ser denotado nas relações familiares que envolve a união estável é a equiparação com as relações familiares do casamento, por esse motivo o tratamento de ambas deve ser semelhante, ou seja, o regime de comunhão parcial de bens rege a união estável, salvo os casos impeditivos para tal.

Neste viés, para uma melhor compreensão preleciona as teorias fundamentadas por Lisboa:

- a) A teoria do enriquecimento sem causa é aquela segundo a qual as despesas feitas pelo companheiro ou companheira durante a união, em proveito do casal, devem ser restituídas.
- b) A teoria da sociedade de fato preceitua que cada companheiro tem o direito a uma parte do patrimônio, no caso de dissolução, se demonstrar que havia efetivamente contribuído para a constituição do patrimônio comum.
- c) A teoria da prestação de serviços dispõe que é devido o pagamento de indenização em benefício do companheiro ou companheira, graças aos seus serviços prestados ao outro convivente.
- d) A teoria da finalidade social apregoa o reconhecimento da união estável no fato de o juiz ter de aplicar a norma jurídica em conformidade com o fim social para o qual ela se destina (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).
- e) A teoria da obrigação natural se fundamenta na impossibilidade de restituição dos pagamentos e das liberalidades efetuadas por um dos concubinos (no concubinato puro) em benefício do outro.
- f) A teoria da equidade procura se impor ante a existência de omissão de regulamentação legal acerca do concubinato.
- g) A teoria da aparência se reporta à atribuição errônea da condição de casados aos companheiros ou concubinos e à ignorância alheia sobre a inexistência do casamento civil. (LISBOA, 2013, p. 202, 203)

Mediante a explanação dessas teorias, é evidente que o objetivo maior está fulcrado na proteção do direito e das garantias fundamentais do cidadão. Resguardando a isonomia, liberdade, igualdade e especialmente o respeito à dignidade da pessoa humana, assim, vale ressaltar que a imposição no casamento civil de indivíduos maiores de 70 anos gera obrigatoriedade da separação de bens, aplicando-se também a união estável. Se fosse distinto, os legisladores estariam privilegiando a união

estável em detrimento do casamento.

Essas ponderações foram apresentadas para melhor compreensão sobre o posicionamento referente ao próximo capítulo, casamento, que trará as diferenças e semelhanças existentes do instituto visto nesse item que é a união estável.

No entanto, ressalta-se que, o instituto da união estável não é o centro da pesquisa, mas foi abordado no presente trabalho para que ficasse esclarecido que companheiros e concubinos têm as mesmas garantias de direitos determinados por leis iguais aos cônjuges

Por essa razão, qual o motivo de tratar de forma distinta um casal que opta pelo casamento, que é uma instituição tradicional, formal e reconhecida como constituidora de família? Nesse contexto o autor almeja desmistificar a (in)validade do inciso II do artigo 1641 do CCB.

3 MÁXIMA DO CASAMENTO

O capítulo supracitado abordou acerca do desenvolvimento histórico inerente ao casamento, bem como as suas bases, onde o mesmo estar solidificado na lei e na doutrina, além do mais, destacou o mais novo instituto chamado de União Estável.

Diante o exposto, o presente tópico irá delinear de forma geral a concepção, a invalidade, o processo de habilitação, a natureza jurídica, e os efeitos jurídicos do matrimônio. Sendo este, agasalha pela Carta Maior.

Com o limiar do Estado democrático de direito, passou-se a inquirir acerca dos direitos igualitários e isonômicos entre os cidadãos em relação ao Estado, quando este, impõe normas que restringe o matrimônio concernente ao livre arbítrio do septuagenário quanto ao regime de bens. Sendo assim, é mister externar, que o casamento é uma expressão da vontade dos noivos, onde estes tem o intuito de unir-se em uma só carne, assim constituindo uma família, ou seja, dá-se pelo consentimento mútuo dos mesmos. Portanto, sendo um instituto de fácil entendimento, se faz necessário ressaltar, que há contrapontos inerentes a suas concepções e doutrina, no que pese a sua natureza jurídica.

Por não existir consonância pertinente a natureza jurídica do matrimônio, far-se-á necessário elencar as teorias presentes, em relação ao instituto. Pois, há posicionamentos antagônicos pertinente ao casamento, se é uma instituição, contrato, ou se ainda um instituto jurídico. Neste pensamento, externa Lisboa:

A teoria clássica ou contratual, defendida entre nós por Pontes de Miranda, Eduardo Espínola e Silvio Rodrigues, segundo a qual o casamento é um contrato celebrado entre sujeitos de direito de sexos diferentes, para a comunhão de seus bens e a satisfação dos seus interesses, conforme eles deliberarem, porém sempre em observância à lei.

A teoria institucional, segundo a qual o casamento é uma instituição natural humana, por meio da qual os objetivos intrínsecos à personalidade dos cônjuges de sexos diferentes podem se atingidos, observada a lei.

A teoria mista ou eclética, segundo a qual o casamento é um negócio jurídico no momento da sua celebração, porém uma instituição quanto aos seus efeitos. É o que sustenta Maria Helena Diniz. (LISBOA, 2013, p. 71,72).

Para tanto, esta divisibilidade teórica, resume-se em fazer um caminho

entorno de todos os conhecimentos, isto é, proporcionar uma interpretação acerca das principais teorias concernentes ao matrimônio, partindo-se de uma apreciação mais apurada no que diz respeito aos direitos.

Como já fora demonstrada que a natureza jurídica do matrimônio traz alguns contrapontos, Dower posiciona-se da seguinte forma:

Trata-se de uma união entre dois sexos diferentes cujo fim primordial é a legalização da união sexual para formar uma família, tendo como consequência natural a procriação, a criação e educação dos filhos. Além desta importante finalidade, existe outra, também basilar e fundamentada em um postulado bíblico: “Amai-vos uns aos outros”. O casamento não é, portanto, uma união apenas com o dever de gerar filhos, mas também a constituição de uma vida em comum com amor e auxílio mútuo.” (DOWER, 2010, p. 36).

Conforme o autor supramencionado, o matrimônio em sua essência, não pode ser equiparado a um contrato de cunho econômica, e sim uma expressão de anseio de dois seres que sentem afagos de um para com o outro, assim, demonstrando o desejo de legitimar essa afabilidade mediante o livre arbítrio individual, aos moldes exigidos pela legislação brasileira, celebrando casamento. Além do mais, o autor em comento externa que este instituto gera direitos e deveres de cunho moral.

Nesta linha intelectual, Farias e Rosenvald (2017) externa que o casamento por se tratar de um negócio jurídico singular, está sob a régia familiar, onde se encontra despidido de regras que compõe o direito contratualista, ou seja, no matrimônio, o equilíbrio financeiro e econômico inerente ao contrato não recaem sobre este.

Deveras salutar, que em detrimento da sua linha evolutiva chegando ao momento atual, o matrimônio deixa de ter a sua especificidade, onde tão somente abarcava a união entre pessoas do sexo oposto, assim por sua vez, o casamento passa a contemplar a relação de pessoas do mesmo sexo. Porém, este não é objeto deste trabalho.

3.1 Noções gerais acerca do casamento

Diante das premissas apresentada, denota-se que atualmente há uma certa dificuldade em relação a conceituação do instituto em tela. Todavia, acredita-se ainda na instituição chamada casamento, oriunda dos costumes de uma

sociedade tradicional e da instituição religiosa. Dessa forma, tentar-se-á explicar com as palavras dos autores Monteiro e Silva:

[...] a definição de casamento dada por Modestino: *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*, isto é, a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito natural e do direito dos homens....a definição de Portalis: “Casamento é a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino”. (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 50).

O matrimônio é tido como a célula mater da sociedade, e traz em seu escopo, os valores sociais, morais e culturais de um povo. Para tanto, outrora, o matrimônio enseja a relação entre o homem e a mulher, onde se inalava o amor, a convivência, isto é, o anelo de viver uma vida a dois, contudo, atualmente ampliou-se para pessoas do mesmo sexo, para que estes possam compartilhar, usufruir dos mesmos sabores. Sendo assim, resultando em convenção recíproca e formal.

3.2 Estrutura Jurídica: Processo de habilitação e Invalidade

Conforme Caio Mário (2017) o processo de habilitação tem como objetivo propiciar aos nubentes, se estes estão aptos para o matrimônio, trazendo provas indispensáveis ao poder judiciário, assim podendo ser ou não deferido o seu pedido.

Neste tom, observa-se que o matrimônio estar solidificado em formalidade, pois, este processo tem sua importância, sendo essencial a apresentação das documentações necessárias, objetivando a validação ou não, além do mais, trazendo de forma explícita as causas suspensivas ou impeditivas, em relação a solenidade deste instituto. A habilitação é tão primordial, que há artigo específico pra este processo, elencado no artigo 1525 do Código Civil brasileiro:

o requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: I – certidão de nascimento ou documento equivalente; II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; IV – declaração do estado civil, do

domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio. (ALMEIDA, JÚNIOR, 2012, p. 120)

Percebe-se que esse dispositivo é um *numerus clausus*, ou seja, não dar margem para outras interpretações extensivas, no entanto que a sua inobservância poderá acarretar na nulidade ou invalidade do ato matrimonial, verificando-se o caso em tela.

Diante do que foi delineado, observa-se, que este processo torna-se indispensável, para que se concretize a solenidade do casamento, desta forma, cristaliza Gonçalves “por meio dele que as partes demonstram, com a apresentação dos documentos exigidos, estar em condições de convolar as justas núpcias (GONÇALVES, 2017, p.68)”.

Neste tom, verifica-se, que o matrimônio não se restringe apenas as formalidades para tornar válido o casamento, porém, perpassa destas. O casamento estar envolvido de normas, impondo a execução destas. Ou seja, começa pela capacidade de tal instituto, preenchendo os pressupostos gerais e específicos, processo para habilitação, além das documentações, dentre outros. Deveras salutar que além desse protocolo civilista, caso os nubentes queiram casar-se no religioso, há de se passar por outro procedimento, sendo que este, deve estar em acordo com o matrimônio no civil.

É mister, entender, que se por ventura, forem inobservados as prerrogativas impostas pelo código civil, estará dentro das normas, e poderá qualquer interessado ou Ministério Público interpor ação declaratória de nulidade que terá efeito *ex tunc*, delineado nos artigos 1549 e 1563 do Código Civil, sendo assim, o ato ou negócio jurídico retroagirá.

3.3 Peculiaridades do casamento

Consoante o tema até então tratado, onde o item supracitado (3.1) abordou de uma forma geral a essencialidade de preencher-se os requisitos inerentes ao casamento. Este subcapítulo irá debruçar-se sobre as peculiaridades, isto é, características necessárias para um entendimento mais consentâneo entorno do tema proposto. Assim, são apresentadas, a iniciar pela personalíssima, livre,

permanente norma cogente, solene, indissolúvel, e diversidade de sexos.

Salientando-se que estas características serão tratadas de forma individualizada e detalhada posteriormente.

3.3.1 *Intuitu Personae*

Para Venosa (2017) essa característica é de cunho pessoal, pois permiti aos nubentes o direito de escolha, ou seja, demonstra a sua vontade, seu desejo, em unir-se a outra pessoa.

Neste toar, corrobora Farias e Rosenvald.

“Se tratar de ato personalíssimo, significando que os nubentes possuem ampla liberdade de escolha, por dizer respeito a um interesse fundamental da pessoa humana, como reconhecido pelo art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.” (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p.180)

Assim sendo, o matrimônio é um ato que só pode ser efetuado pela vontade dos nubentes, tornando-se intransmissível.

Arremata Almeida e Junior (2012) que o matrimônio em sua essência personalíssimo, não permite assistência e nem permiti que outra pessoa venha tomar uma decisão em relação ao casamento, por se tratar de uma situação jurídica, pessoa, natural, além de, não ser transferível.

Portanto, percebe-se que o ato unir-se em matrimônio, deve existir espontaneidade, não sendo este de forma forçosa, e sim de livre arbítrio. Contudo, não haverá possibilidade de transmissão da vontade para outra pessoa. Por isso, este é denominado de *intuitu personae*.

3.3.2 Liberdade de escolha

A liberdade de escolha sempre será respeitada. A vontade do nubente é a chave principal do casamento, sendo elemento de toda e qualquer entidade familiar. Preserva-se assim o princípio da autonomia privada nas relações existenciais.

Essa característica é abordada por Lisboa da seguinte forma:

De outra sorte, veda-se o casamento contraído sob coação, pois um dos cônjuges somente veio a concordar em constituir a sociedade conjugal porque foi constrangido a assim agir, sob pena de mal injusto, grave e iminente a si próprio ou a pessoa de sua estima. (LISBOA, 2013, p. 74)

3.3.3 Formalidade

Antes de dissecar acerca desta característica, é primordial externar a concepção doutrinária, sendo assim, esclarece Farias e Rosenvald (2017) este é um dos atos mais perceptível e visível do casamento, pois está envolvido de solenidade, onde inicializa-se com processo de habilitação e publicação dos atos, além de, desencadear a cerimônia, chegando até o registro.

Der acordo com o autor em comento, para que o matrimônio surta seus efeitos jurídicos, é essencial que este, esteja sob régia da lei. Por conseguinte, tornando essa peculiaridade distinta das demais, visto que fora concebida no seio do direito.

Como observa-se não só Farias e Rosenvald tem essa ótica sobre a formalidade matrimonial, desta maneira, externa, Silva:

O matrimônio é ato solene. Ainda quando se despe de toda pompa, não abdica de requisitos formais que o retiram da craveira comum dos contratos em geral, para revesti-lo de um ritual completo. (SILVA, 2018, p. 91)

Consoante o tema acrescente Rodrigues (2004) que a solenidade do matrimônio ocorre desde o processo de habilitação, permeando pela celebração, e além do mais, ensejando as vontades das partes.

Nesta senda, cristaliza o Código Civil Brasileiro de 2002, em artigo 1.535:

“Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.” (CC/2002)

Para tanto, deve-se pontuar que esta característica torna-se distintas das outras, pois, engloba a habilitação, publicação dos editais, celebração da cerimônia, dessalgando na inscrição dos registros público. Em razão disso, que deve-se ter mais acuidade com este ato formal, todavia, a inobservância do mesmo, poderá acarretar na nulidade do casamento, por ter quebrado regras que lhes são assegurada na legislação brasileira inerente ao tema.

3.3.4 União permanente

Esta característica reza que, a partir do momento em que matrimônio é realizado, este transparece uma perspectiva final, que seja feito para eternidade, tendo uma solidificação e persistente, não determinando um lapso temporal par seu termino prazo. Assim, permitir que o casal possa escolher como viver. Ao ponto, de que não seja colocado tenha empecilhos, que acabe com o casamento a termo por qualquer uma das partes.

Sendo assim, aduz Gonçalves:

“Predominam atualmente os que consagram a sua dissolubilidade. Poucos são, na realidade, os países que ainda não admitem o divórcio. No Brasil, foi ele introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1969, não só suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecendo os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária, ou seja, pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. (GONÇALVES, 2017, p.51).

Assim sendo, entende-se que o matrimônio mesmo sendo dissolúvel, é um instituto que carrega em sua essência a intenção de proporcionar maior durabilidade para aqueles que almejam unir-se com intuito de serem felizes e se possível, constituírem uma família.

3.3.5 Publicidade

O subtópico supracitado (3.3.4) trouxe à baila a primordialidade, em ter mais atenção diante das formalidades imposta por lei, pois a não observância desta, poderá ocasionar sérios problemas relacionados a cerimônia matrimonial, a exemplo da nulidade do casamento.

Diante do exposto, Farias e Rosenvald (2017) assevera sobre a importância da norma cogente para este instituto, delineando que, está traz em seu bojo a ordem pública não podendo ser retirada conforme o interesse ou convivência, além disso, mesmo sendo incontroverso a liberdade de escolha dos nubentes, trata-se uma liberdade mitigada, ficando dependente da ordem pública.

Nesse diapasão, saliente Rodrigues (2004) essa é uma das peculiaridades

mais perceptível, por ter o papel de torna público os atos do casamento, tendo em vista que, além de, preocupar-se com a harmonia, segurança, bem como preservar instituto, onde a sua subsistência retrata a própria subsistência do Estado.

Com o mesmo pensamento, explana Gonçalves:

As normas que o regulamentam são de ordem pública. *Ipsa facto*, não podem ser derogadas por convenções particulares. Com efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definidas em princípios insculpidos na Constituição Federal e nas leis civis. (GONÇALVES, 2017, p. 50)

Isto posto, entende-se que a realização do matrimônio civil, está sob o regimento de regras jurídicas de ordem pública, tendo sua publicidade balizada em uma união matrimonial.

3.3.6. Dissolubilidade

Para que se tenha o discernimento mais detalhado da dissolubilidade matrimonial, far-se-á necessário, explanar de maneira sintetizada a linha evolutiva da indissolubilidade. Desta feita, em torno do ano de 1997, tinha-se como parâmetro, um único jeito de dissolver o matrimônio, que era mediante o falecimento de um dos nubentes. Porém, com a ascensão da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, a morte já não era regra. Todavia a lei da dissolução da sociedade conjugal trouxe em seu escopo o Divórcio. Esta indissolubilidade era uma maneira continuidade a manutenção do patrimônio, onde a igreja ditava as questões, éticas e morais.

Nessa linha, Almeida e Júnior escreve (2012) resguardar o patrimônio era uma forma de respeitar os dogmas da igreja, tendo como base o casamento, onde era indissolúvel mediante à vontade das partes, sendo que a morte como ponto principal para separação. Em função disso, afirmava-se que o matrimônio era tido como vitalício

Entretanto, com o limiar do divórcio, houve-se um enfraquecimento da indissolubilidade, ou seja, tornou-a nula, haja vista, o matrimônio passou ser solúvel. A partir de então emerge a dissolubilidade, em consonância esse pensamento, aduz Pereira:

“Este é um caráter do matrimônio, sem cunho universal. Ao contrário, dividem-se os sistemas jurídicos, predominando largamente os que o consagram. Historicamente, todos os povos da Antiguidade, que direta ou indiretamente influíram em nosso Direito de Família, admitiram o divórcio.” (PEREIRA, 2018, p. 93)

Diante das premissas, entende-se, que há permissão para que um dos cônjuges contraia um novo casamento, isto é, dissolvida a sociedade conjugal mediante o divórcio, extingue-se os impedimentos legais.

3.3.7 União Exclusiva

É bem sabido, que atualmente não há de se questionar o reconhecimento união entre pessoas do mesmo sexo. Haja vista, o matrimônio até então, é gerenciado pela exclusividade dos noivos. Isto é, uma parte de cada lado. Deste modo, ainda tem acuidade de conservar a monogamia, onde externa que um dos cônjuges deve ter somente uma pessoa ao seu lado, desconsiderando outra maneira de relacionamentos poligâmicos.

Destarte, externa, Nader:

“Enquanto a generalidade dos atos negociais não impede aos seus agentes igual prática com outros parceiros, o casamento, conforme concebido no mundo ocidental, é relação monogâmica, que veda a concomitância de vínculos de igual natureza. De um lado, é um imperativo da família, que exige a concentração de seus membros e a convivência; de outro, o instinto individualista do ser humano, que rejeita a ideia da pessoa amada em outros vínculos matrimoniais.” (NADER, 2016, p.111)

Ainda acrescenta Lisboa (2013) que tanto a poligamia quanto a poliandria, que é quando a mulher casar-se como vários homens ou vice-versa, são consideradas como o crime de bigamia conforme prevê o Código Penal em seu artigo 235.

Diante de tais bases acerca da generalidade do matrimônio, bem como, as suas peculiaridades, o capítulo (4), irá fazer lineamento sobre os vários tipos de regimes de bens, como: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, participação final nos aquestos e separação de bens, sendo estes, detalhados a seguir.

4 LINEAMENTO ACERCA DO REGIME DE BENS

4.1 Noções conceituais acerca do regime de bens

Diante do que já fora apresentado, entende-se que o matrimônio não se restringe tão somente aos valores morais, a reciprocidade e exclusivamente a questão financeira. Todavia, este reverbera no patrimônio dos cônjuges, até a separação. Isto significa dizer que, enquanto os noivos estiverem casados, ou seja, ainda na constância do casamento, os nubentes terão que se preocuparem com a parte econômica, tal como, os gastos e finanças, administrando-as de forma saudável. Assim, desencadeando o conceito inerente ao regime de bens.

Neste sentido, preleciona Venosa:

“A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer rente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens.” (VENOSA, 2017, p. 343)

Nestes linha, Gomes (1968, p. 161) conceitua que o regime de casamento é uma agregação de prerrogativa colocadas no matrimônio, ou seja, uma regulamentação específica para os cônjuges.

Compactuando com o autor em comento, externa Nader (2016) este é considerado um estatuto onde orchestra os anseios patrimoniais durante o casamento ou na união estável, sendo mais perceptível em uma eventual dissolução conjugal.

Portanto, compreende-se que os regimes de bens são oriundos do matrimônio ou da união estável, desta forma é nítido, que para que estes institutos venham a ocorrer, se faz necessário a presença dos respectivos regimes.

Feitas as ponderações, é salutar externar que os regimes de bens estão elencados no código civil brasileiro, são eles: comunhão parcial de bens, regime da comunhão universal de bens, separação de bens, o da participação final nos aquestos, sendo estes detalhados posteriormente.

4.2 Comunhão Universal de bens

Antes de delinear sobre o regime em tela, se faz necessário, entender acerca deste, revendo um breve esboço, mediante as palavras de Dias, que preleciona:

“Quando da edição do Código Civil de 1916, somente era reconhecida a família constituída pelo casamento, que era **indissolúvel**, ensejando a união plena de vida e do patrimônio. O **regime legal** era o da **comunhão universal de bens**, todos os bens são do casal, de forma igualitária, não importando a origem do patrimônio ou a época de sua aquisição.” (DIAS, 2016, p 507)

Conforme a autora em comento, com a vigência do código de 1916, a regra prevalecente quanto ao matrimônio e patrimônio, o regime legal era o da comunhão parcial de bens, onde por sua vez, abarcava todos os bens dos nubentes, independente da sua proveniência e do tempo em que fora adquirido.

Para tanto, segundo Nader “atualmente, com o advento da lei do divórcio (6.515/77), a comunhão parcial de bens, torna-se a regra geral no que concerne ao regime legal (NADER, 2016, p. 659)”.

Isto é, mesmo que não exista um acordo pré-nupcial, o que irá constar na certidão de casamento é regime da comunhão parcial de bens.

Destarte, no regime da comunhão universal de bens, existe somente um patrimônio. Em outras palavras, há comunicabilidade de todos os bens presentes e posteriores do casal. Desta forma, entende-se que, o patrimônio de um pertencerá a outro.

Nesse viés, alude Faria e Rosenvald:

“Em linhas gerais, através do regime da comunhão universal, cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se um a universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, créditos e dívidas de cada um.” (FARIAS, ROSENVALD, p 363)

Deveras salutar, uma excepcionalidade a este regime, elencado no artigo 1.668 do Código Civil Brasileiro de 2002, onde expressa a inmutabilidade de alguns bens, vejamos quais são:

São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de

incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
 II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
 III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
 IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
 V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (ANGHER, 2014, p.212)

Salienta-se, que é de cunho obrigatório a entrega de uma escritura de pacto antenupcial no cartório, onde deve-se conter todos os dados discriminando do patrimônio de cada um.

4.3 Regime de comunhão parcial de bens

Como já fora supracitado, este é considerado o regime o legal, sobre tudo, este será empregado quando não houver manifestação das partes, salvo, se houver a inexistência de um pacto antenupcial ou quando este for tido como nulo.

Este instituto, traz em seu bojo, a prerrogativa, que os bens dos nubentes comunicam-se na constância do matrimônio.

Nesse diapasão, cristaliza Dias:

No regime da comunhão parcial, todos os bens amealhados durante o relacionamento são considerados fruto do trabalho comum. Presume-se que foram adquiridos por colaboração mútua, passando a pertencer a ambos em parte iguais. (DIAS, 2016, p. 424)

Contribui ainda Venosa (2017) esta comunhão parcial é vista no direito brasileiro como aquela que se concretiza mediante a aquisição de bens no andamento do casamento à título oneroso, onde os aquestos constituem o patrimônio do casal, por conseguinte, externa três massas, o patrimônio do marido e os bens da esposa, advindos antes da concepção do matrimônio, e os bens comuns, estes acumulados após o casório.

Posto isto, é saudável acentuar que o instituto ora mencionado, faz menção de alguns bens que não se comunicam na vigência do matrimônio, ou seja, o patrimônio em comum dos nubentes.

Elucida, Farias e Resenvald:

De outra banda, não integram a comunhão parcial, de acordo com a expressa exclusão promovida pelo art. 1.659 da

Codificação de 2002: (i) os bens adquiridos por cada um antes das núpcias e os que se sub-rogaram (substituíram) em seus lugares; (ii) os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; (iii) as obrigações assumidas antes do casamento, inclusive com os preparativos para o casamento (os chamados aprestos); (iv) as obrigações decorrentes de ato ilícito, salvo se reverteram em proveito do casal; (v) os bens de uso pessoal, 133 os livros 134 e instrumentos de profissão; 135 (vi) os proventos do trabalho pessoal do cônjuge; (vii) as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas de igual natureza. (FARIAS, ROSENVALD, 2015 p. 323)

Portanto, consta-se hipoteticamente, que a comunhão parcial de bens, dar-se-á, na vigência do casamento, no que se refere a partilha de bens móveis.

4.4 Regime da participação final nos aquestos

Este regime distingue-se dos demais, pois, é considerado como híbrido, misto, isto é, na constância do matrimônio aplica-se a regra da separação total, entretanto, após findo a dissolução do casamento utiliza-se a o regime de separação parcial. Destarte, o instituto dependerá de um pacto antinupcial.

Bem esclarece, Gonçalves:

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (GONÇALVES, 2017, p. 638)

Com o mesmo viés, externa Dias (2016) refere-se a um regime que tem certa especificidades de bens, ou seja, bens que ambos já possuíam antes do matrimônio, os adquirido sub-rogação obtidos por herança, os juntado pelo casal durante o casamento, além do mais, os denominado aquestos, que são os bens em comum do dos nubentes, adquirido na constância da união.

Cristalizando esta linha intelectual, Farias e Rosenvald (2015) remete-se ao regime em comento, explanando que na convivência da união de cada cônjuge continua com os seus próprios bens, podendo estes serem administrados de forma individualizada, quando do divórcios, tanto a esposa, quanto o marido, terão direito sobre o patrimônio que o outro adquiriu à título oneroso, na permanência do convívio.

Ressalta-se, no que diz respeito ao direito que cada um dos nubentes tem, não admite-se renúncia, cessão e nem penhora, artigo 1.682 do civil.

Além do mais, há regras que inibem a prática de alguns atos, ainda que, os nubentes entendam que o patrimônio, é seu, neste sentido, colocar o artigo 1647 do Código civil:

Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada. (ANGHER, 2016, p. 282)

Contudo, compreende-se que o regime da participação final nos aquestos, além de, serem considerado, híbrido e misto, é tido como autônomo, pois, permite que os nubentes tenham o livre arbítrio e a independência de lidar com os seus bens, ainda que adquirido no período do matrimônio. É salutar colocar, que o instituto em tela é pouco empregado e não muito conhecido da sociedade brasileira.

4.5 Regime da separação de bens

É sabido que este regime é composto por duas espécies de separação de bens: a obrigatória ou legal e a convencional. Haja vista, a obrigatória estar relacionada com a imposição da lei concernente as pessoas acima dos setenta anos de idade, aos menores de dezoito anos, além daqueles que não foram emancipados, ou seja, os noivos não poderão escolher o regime que bem entender. Todavia, o regime legal não necessita de um pacto antenupcial.

Como bem pontua Miranda (2002) este é um regime, onde o legislador não consulta as vontades, logo impõe as regras.

Dito isto, em contra partida, o convencional ou absoluto, permite que os noivos tenham direito de escolherem o regime de separação total dos bens, assim, cristaliza Filho e Gagliano “é o exercício da autonomia da vontade que permite, no caso, haver total divisão dos bens de cada cônjuge, sem prejuízo do reconhecimento da formação de uma família. (GAGLIANO, PAMPLONA, p. 436)”.

Logo, neste regime, cada um terá seu patrimônio resguardado independentemente. Desta forma, todos os bens que estiverem no patrimônio, seja nos atuais, quanto os futuros, seja à título oneroso ou gratuito, permaneceram sobre o domínio dos nubentes.

Para tanto, diante do que já fora mencionado, existe uma restrição, quanto ao instituto em tela, preleciona Gonçalves:

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. (GONÇALVES, 2017, p. 609)

Entretanto, conforme foi mencionado acerca de algumas restrições, será em torna de uma delas de forma específica, a dos maiores de setenta anos, em escolher o regime de bens na habilitação para o casamento, que será o objeto desta pesquisa. Para tanto, far-se-á necessário de maneira breve, debruça-se no próximo capítulo a respeito dos fundamentos constitucionais inerentes ao caso em baila.

5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Diante das premissas ora mencionadas, cabe a este capítulo delinear acerca das generalidades pertinentes a conceituação dos direitos fundamentais, para que se denote a essencialidade, quanto aplicação e o respeito a esses direitos agasalhados pela Lei Maior. Desta forma, compreende-se que, quando esses direitos são estritamente respeitados, há de se colocar em pé de igualdade todas as pessoas, independente de idade, inclusive os septuagenários, ou seja, aqueles maiores de 70 anos de idade, o simples fato de estar na fase da melhor idade, não queira dizer que este seja considerado um sujeito de direito.

Para que se tenha um entendimento mais consentâneo atinente aos direitos fundamentais, é mister que venha-se vaticinar as teorias relacionadas a estes, esposando tal pensamento, versa os constitucionalistas Dimoulis e Martins as três teorias, cuja as quais contribui para uma melhor visão, dividindo-se em:

Teoria geral (ou dogmática geral ou parte geral). Constitui-se da definição dos conceitos básicos e elaboração de métodos de solução de problemas envolvendo a limitação de direitos fundamentais e de harmonização entre direitos fundamentais colidentes;

Dogmática especial (parte especial). Constitui-se da análise das dimensões de cada direito constitucionalmente garantido, considerando e avaliando sua concretização legislativa e jurisprudencial. Aplica-se, na parte especial, o instrumentário desenvolvido na teoria geral, perscrutando, em face de cada direito fundamental, sobretudo, a natureza e o alcance específico de sua proteção, além dos limites constitucionais desta;

Visão jusfilosófica ou teoria dos direitos fundamentais. Constitui-se do estudo das justificações político-filosóficas e das críticas formuladas por pensadores (juristas ou não) em relação aos direitos fundamentais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 26).

Assim, verifica-se que esta divisibilidade, mesmo sendo interpretada em tempos distintos, demonstra que os direitos e proteção são idênticas, haja vista, a forma interpretativa distinguisse uma da outra.

Percebe-se, que os direitos ora escudados por tais teorias, são provenientes de uma democracia bastante desenvolvida, que com o passar do tempo vem ganhando forças em virtude das inúmeras conquistas no decorrer dos anos. Sendo que estes triunfos estão cristalizados na Carta Magna de 1988.

Destarte, mediante as ponderações concernentes as estas teorias, é que serão tratadas as minúcias dos direitos fundamentais.

5.1 Entendimento inerente aos direitos fundamentais

Estabelecidas tais bases, para aproximar-se do conceito inerente aos direitos fundamentais tornou-se uma tarefa labutosa para os doutrinadores para chegar a um conceito, como bem preleciona Clever Vasconcelos, “Não é uma tarefa fácil apresentar um conceito sobre o que vêm a ser os direitos fundamentais (VASCONCELOS, 2017, p. 145).” Entretanto, buscar-se-á chegar a uma concepção de fácil entendimento.

O preclaro doutrinador Jose Afonso da Silva (2005) externa que estes, são direitos intrínsecos a pessoa humana, onde proporciona o essencial para subsistência do indivíduo.

Assim, entende-se que os direitos fundamentais estar para os outros ramos do direito previstos de forma legal, além dos que estão de maneira contrário ao Estado.

Nesta senda, contribuindo para o entendimento mais claro, concernente aos direito fundamentais, leciona Fernandes (2013) que o mesmo é oriundo de uma constitucionalização atinente a pessoa humana, todavia, estes não podem serem considerados como um verdade morais dadas de forma antecipada, mas deve-se entender como elemento em constate desenvolvimento, mas contudo tendo uma justificativa e normatividade positivadas na Lei Maior.

Comungando com a mesma linha intelectual, Ingo Wolfgang Sarlet (2005) salienta que estes direitos são aqueles conhecidos e positivados no âmbito constitucional conforme as diretrizes de cada Estado, além de terem um valor intrínseco à pessoa humana.

Recrudescendo tal linha intelectual, aduz Antônio Fernando Pires “Os Direitos Fundamentais, portanto, nada mais são do que os Direitos Humanos ou Direitos do Homem positivados numa Constituição (PIRES, 2016, p. 201).”

Conforme os autores em comento, compreende-se que os acontecimentos habituais no desenrolar da existência, limita a forma de pensar e atuar de uma comunidade, em paralelo vai-se desenvolvendo uma gênese de um composto de preceitos, onde por sua vez, exige-se que estas sejam resguardadas legalmente,

com intuito de vislumbrar uma vivência tranquila e agradável.

Portanto, diante do desenvolvimento e dos êxitos já galgados a nível mundial pelos Direitos Humanos, vai desencadeando cada vez mais as necessidades e as garantias de direitos relacionados ao ser humano, fazendo e refazendo diariamente. Haja vista, estes direitos jamais poderão serem retirados, mas sim estendidos.

5.2 Início dos Direitos fundamentais

Conforme o pensamento de Siqueira e Piccirillo (2012) no decurso do tempo o ser humano passou por diversas etapas, sendo que cada uma tinha a suas peculiaridades, assim sendo denotou-se um processo evolutivo em todos os aspectos desde a política até o jurídico, entretanto, percebe-se que este processo se deu paulatinamente e morosamente.

Estabelecido tal pensamento, no que concerne a origem dos direitos fundamentais, este emergiu em pleno século XVIII, no território francês, mediante a Revolução Francesa, que desencadeou à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Sendo assim, este movimento trouxe várias mudanças, deixando mais nítido os direitos fundamentais.

Isto posto, denota-se que o termo direitos fundamentais traduz dois pontos essenciais para entendimento mais consentâneo acerca do tema em tela, no qual o mesmo pode-se ser originários da Lei Maior, bem como do ponto vista histórica, passando por várias mudanças no decurso do tempo fazendo-se presente no cotidiano da sociedade e impondo-se que fosse criado regramento para a sua defesa e sua efetivação.

Esposando tal raciocínio Pieroth e Schlink (2011) delineia que antes do Estado, os direitos fundamentais não dependem de justificativa para exercê-lo, em face do mesmo, mas sim o inverso, o Estado tendo que externar a sua justificação atinente a limitação posto a estes preceitos.

Desta forma, aure-se do pensamento exposto pelo autor em comento, que os direitos fundamentais surgiram com o objetivo limitar a atitude do Estado diante do sujeito, em pró da sua liberdade, vislumbrando, uma independência individual. Todavia, foi uma vitória inerente ao poder que antes era do Estado.

Neste passo, observa-se uma progressão na seara jurídica pertinente aos

direitos fundamentais, mesmo que a sua gênese tenha sido remota, ocorrerá paulatinamente, a medida em que ocorram os avanços contemporâneos, isto é, estes direitos não são considerados um rol taxativo, sendo assim, espera-se que haja uma ampliação.

5.3 Introdução dos Direitos Fundamentais na Lei Maior e a sua Estruturação

Estabelecidas tais bases, é saudável delinear acerca da catalogação dos direitos fundamentais, pois, estes subdividem-se em: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos, cristalizado no título II no tópico garantias e direitos fundamentais na Carta Maior, desta forma permite-se um entendimento mais consentâneo relacionado ao tema.

Sendo assim, ressalta-se que durante muito tempo a população brasileira almejava inserção dos Direitos Fundamentais desde as primeiras Cartas, entretanto, esses anseios foram cristalizados na Constituição Cidadã de 1988, que por sua vez superou as expectativas. Todavia, esta traz em seu bojo direitos e garantias individuais, além disso, trouxe vários Direitos Fundamentais distribuídos ao longo da Constituição.

No que tange a classificação e inserção, obtempera Moraes (2017):

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. (MORAES, 2017, p. 44)

Neste diapasão, os nobres doutrinadores Alexandrino e Paulo (2017) externam que os direitos fundamentais estão classificados em gerações ou dimensões, sobre tudo deverá levar-se em conta o seu advento e reconhecimento mediante os regimentos constitucionais.

Recrudescendo tal linha intelectual aduz Novelino: “Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais

(NOVELINO, 2016, p. 272)”.

Para tanto, será sobre esta classificação mencionada pelos autores em comento, que abordar-se-á de maneira mais detalhada, para que venha-se a ter um entendimento mais cristalizado em torno destes, pois denota-se que estes direitos além de permear por outros textos constitucionais, externa características essenciais que contribuem para uma linha de pensamento mais consentâneo.

São estas as características: universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, efetividade e interdependência, estas serão tratadas no subtópico (5.4).

5.4 Particularidades dos direitos fundamentais

Já compreendidas a gênese dos direitos fundamentais e a sua evolução diante das conquistas alçadas (5.2). Bem como, entendido a sua estruturação e inserção (5.3). É mister debruçar-se acerca de suas características: universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade e efetividade, para que assim, venha-se ter uma cognição mais apurada inerente a estes direitos.

No que se refere universalidade Novellino diz (2016), estar intrinsecamente atrelada ao valor da liberdade, sobre tudo à dignidade da pessoa humana, que comina em resguardar à dignidade devendo estar em qualquer tipo de povo, mesmo que, nos aspectos culturais, este sendo respeitado.

Acrescenta ainda Novellino (2016), por não ter conteúdo patrimonial, os direitos fundamentais não podem ser transferíveis, inegociáveis e inalienáveis, não se admitindo o alcance da prescrição, o que já se explica pelas próprias nomenclaturas.

Aquilatando tal linha intelectual Alexandrino e Paulo (2017) externa que, a universalidade deve agasalhar a todos, sem fazer distinção de nacionalidade, gênero, etnia, credo, além do posicionamento “político-filosófico”.

No que tange a irrenunciabilidade, é uma peculiaridade que traz em sua essência o direito do indivíduo de não renunciar, quando o tema seja referente aos direitos fundamentais, e mesmo que o ele usufrua dessa alternativa de limitação voluntária, é condição indispensável a verificação da validade do ato a finalidade de tal renúncia.

Assim vaticina Bitencourt e Reck, “os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular; inviolabilidade, não podem ser desrespeitados por autoridades públicas ou normas infraconstitucionais (2017, p. 44)”.

Em relação à Irrenunciabilidade, estes direitos não se perdem com o decurso do tempo e podem serem levantados a qualquer momento. E o que obtempera Alexandrino e Paulo, “os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo (2017, p. 143)”.

Deve-se ressaltar que, além das características ora mencionada, a doutrina externa quanto à dimensão dos direitos fundamentais, que também é conhecida como geração, onde foi construída em um período histórico, desta forma dividindo-se em três gerações ou dimensões.

Nesta trilha, segue a lição de Alexandrino e Paulo

A primeira dimensão é a subjetiva, relativa aos sujeitos da relação jurídica. Diz respeito aos direitos de proteção (negativos) e de exigência de prestação (positivos) por parte do indivíduo em face do Poder Público. A segunda dimensão é a objetiva, em que os direitos fundamentais são compreendidos também como o conjunto de valores objetivos básicos de conformação do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva (objetiva), eles estabelecem diretrizes para a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, ainda, para as relações entre particulares. Essa última feição (objetiva) é também denominada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, vale dizer, o efeito irradiante dos direitos fundamentais decorre da dimensão objetiva capacidade que eles têm de alcançar os poderes públicos e orientar o exercício de suas atividades principais. (ALEXANDRINO, PAULO, 2017, p. 144).

Comungando de tal linha intelectual, escreve Padilha (2014) concernente as dimensões: a primeira foi constituída mediante a revolução francesa, onde pretendia-se delimitar o poder do Estado, com a ideologia de criar um Estado liberalista, esta ficou conhecida como direito à “prestação negativa”, a segunda, teve seu marco, em meio as condições inadequadas de trabalho, no “Cartista na Inglaterra e Comuna na França”, por derradeiro a terceira eclodiu em virtude da urgência de resguardar os direitos da sociedade, desta maneira foram denominados direitos, com objetivos individuais e coletivos.

Conforme o autor em comento, compreende-se que, na primeira dimensão estão agasalhados o direito à liberdade, à vida, à inviolabilidade de domicílio,

correspondência, telefônica, à propriedade. Já na segunda dimensão incluem-se os direitos sociais tal como saúde, trabalho, alimentação, educação, salário mínimo, aposentadoria e ainda os direitos culturais e econômicos. E por fim, na terceira dimensão localizam-se os direitos coletivos em sentido estrito, como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à solidariedade, ao desenvolvimento, à fraternidade.

5.5. Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

A Lei Maior de 1988 institui a dignidade humana como um dos seus fundamentos, pois, assim, promove o Estado Democrático de Direito. Estar presente em todo o corpo normativo constitucional, de modo a evidenciar sua importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta sina, alude André de Carvalho Ramos:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, etc. (RAMOS, 2017, p. 75-76).

Conforme o autor em comento, a dignidade está além do que é atribuído a ela pela sociedade, ao passo que, por estar intrinsecamente ligada a cada indivíduo, é inerente à sua subsistência e não se agrava pelas circunstâncias alheias, pois pertence a todos, mesmo que individualmente.

Recrudescendo tal ilação, segue a preciosa doutrina de autoria de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um complexo que possibilita o desenvolvimento da personalidade de cada um.

Assim, aduz o referido autor:

[...] Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e de vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2010, p.70)

Sendo assim, a dignidade está na essência e nas qualidades internas de cada ser, seja ele idoso ou não, pois, como acima exposto, o respeito é elemento indispensável nas relações em toda sociedade.

Esposando do mesmo pensamento, Ramos escreve em relação à dignidade da pessoa humana, “não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal.” (RAMOS, 2017, p. 76).

Neste tom, se faz mister descrever o pensamento da Constituição Federal de 1988 atinente a dignidade, quando esta traz uma extensão do princípio já mencionado, dessa maneira alude o artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, etc. (ANGHER, 2014, p.19)

Desta feita, entende-se que os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados às garantias fundamentais.

Isto posto, denota-se que o Estado precisa ter um olhar igualitário, para que se venha poder efetiva a proteção oportunizado pela Carta Magna no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, pois há leis e regulamentações específica. Se faz necessário controlar e fiscalizar a efetivação das leis, para que se coloquem todos por iguais.

E saudável externar que foi essencial discorrer acerca dos direitos fundamentais, pois, é a partir destas premissas que pretende-se trazer a disparidade existente no artigo 1642, inciso II, do Código Civil de 2002, onde é perceptível a limitação para as pessoas maiores que setenta anos de idade, no que se refere ao regime obrigatório de bens, além do cerceamento do livre arbítrio para escolher o regime que bem quiserem. Destarte, este será objeto deste trabalho, que será explanado posteriormente.

6 A OBRIGATORIEDADE DO ARTIGO 1641 INCISO II DO CCB EM RELAÇÃO A ESCOLHA DO REGIME DE BENS DO SEPTUAGENÁRIO

Com advento do Código Civil de 2002 emergiu embates inerentes ao regime de bens e o casamento. Pois, a limitação imposta por força do dispositivo legal, expressa no artigo 1.641, II da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é uma afronta aos princípios essenciais da Lei Maior, como bem já fora delineado no item (5.5). Cerceia livre arbítrio de um dos noivos em detrimento da idade é o mesmo que atestar a sua incapacidade civil. Este cerceamento, externa literalmente a discriminação, além de ir de encontro a dignidade do cônjuge. Saliente-se, que o próprio código civil é tido como patrimonialista, esquecendo assim, dos valores éticos e morais descritos na Carta Magna.

Sendo assim, origina-se os contrapontos, aonde surge uma indagação, se o Estado pode intervir no direito de escolha e na autonomia dos septuagenários, impondo que o matrimônio seja realizado sob a regia do regime obrigatório de bens. É primordial entender, que a lei maior faculta ao indivíduo o direito de fazer o que bem entender com seus patrimônios.

Recrudescendo tal linha intelectual, externa Carta Constitucional em seu artigo 226, §7º:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (ANGHER, 2016, p.77)

Posto isto, entende-se que a Carta Política é um referencial para outras leis e normas ascenderem, desta maneira a fazerem parte da evolução social, no entanto, deve ser respeitada, tendo como descendentes as outras normas e regras obedientes a seu texto. Nesse tom, denota-se que a magna-carta resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana mediante seu direito de escolher, não admitindo qualquer forma de vedação.

Neste diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal afirma que: “o Direito Civil não pode, de forma alguma, distanciar-se da

legalidade constitucional, impondo-se a estrita obediência às premissas fundamentais postas na Lei Fundamental, pois consistem nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira (FARIAS, ROSENVALD, 2011 p. 137).”

Portanto, verifica-se que o artigo 1641, inciso II, do Código Civil vai de encontro a com a Constituição Federal de 1988, ocasionando uma inconstitucionalidade. Neste viés, externa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “concluímos pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal (FILHO, GAGLIANO, 2017, p. 389).”

Esposando tal pensamento Faria e Rosenvald, externa:

“Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana” (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p.312)

Desta feita, conforme os autores em comento o artigo 1641, Inciso II vai na contramão da lei maior, pois estes além de tolher o direito de escolha dos nubentes, fere os princípios constitucionais, a exemplo dignidade da pessoa humana, bem como a igualdade.

Recrudescendo esta linha intelectual Lobo (2009) diz, que está ´previsão legal é um ato atentatório aos princípios já mencionado, pois diminui a autonomia, além de limitar a liberdade de contrair o casamento, o que a constituição não faz.

Assim, nota-se que atualmente o Código Civil brasileiro não ampara o que ele mesmo prevê, visto que ele se contrapõe a qualquer tipo de investidura que vá de encontro às novas formações familiares, ou seja, relações civis no que tange o direito de família.

Desta forma, compreende-se que, a dignidade da pessoa humana é a base, para se estabelecer e desfrutar da comunhão familiar, desta maneira não há como limitar a senilidade para definir o regime de bens numa relação conjugal.

Nesta feita, assevera Diniz:

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato porque não pode ser considerada equivalente a um estado psicopático. Poderá haver interdição se a senectude originar um estado patológico, como a arteriosclerose, que afete

a faculdade mental, retirando do idoso o necessário discernimento ou a clareza de razão para praticar atos negociais, em que a incapacidade absoluta resulta do estado psíquico e não da velhice (DINIZ, 2012, p. 176).

Conforma a autora supramencionada a senilidade não é motivo para pôr limites aos maiores de 70, quando se tratará do regime de separação obrigatória de bens, pois entende-se que estes são literalmente capazes de exercer os atos da sua vida civil.

Em torno desta questão, o Supremo Tribunal Federal elaborou a sumula 337, onde reza que: “No regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento (ANGHER, 2016, p.77)”. Ou seja, este instituto vai de encontro ao inciso II do artigo 1641, portanto, este entendimento será delineada a seguir.

6.1 Entendimento do Supremo Tribunal Federal: Súmula 377

Estabelecidas tais premissas, caberá a este subcapítulo dissecar de forma simplória acerca da referida sumula, pois esta tem ocasionado debates atinentes ao inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil.

O embate gira em torno da limitação constante na legislação de Direito Civil Brasileiro, onde têm levado o ordenamento jurídico a pleitear a inconstitucionalidade do dispositivo, vez que, com a edição dessa sumula, o Supremo Tribunal Federal banalizou ou aumentou a problemática, isto é, se existi a vinculação de regime obrigatório no casamento em função da idade, e a súmula diz que “os bens constantes na vigência do casamento se comunicam, logo entende-se que a mesma estar indo contrário, conforme a lei prevê, ou seja, a própria restrição imposta revoga a súmula, vez que fala-se em caso proibitivo na escolha do regime após os setenta anos de idade.

Comungando do mesmo pensamento, os nobres doutrinadores Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, elucida:

A nosso visto, o cabimento do referido entendimento sumular está restrito ao âmbito do regime de separação obrigatória, garantindo justiça social e tratamento igualitário, considerando não ter sido o regime escolhido pelas partes. No entanto, diferentemente, a separação convencional decorre da vontade expressa e livre das partes, motivo pelo nos parece razoável permitir a comunhão de qualquer bem, mantendo-se integralmente, a individualidade patrimonial. Incidir a referida

súmula no regime de separação convencional seria, na prática, aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade. (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 371)

Desta feita, deveras salutar, que o regime da separação legal de bens distingue-se da separação convencional, pois aquela é imposta por lei, em outras palavras, é a limitação resguardada por lei que é o objeto deste trabalho.

Portanto, deve-se compreender que revogação deste dispositivo em baila, é considerada de maneira implícita em detrimento da sua inaplicabilidade da sua aceitação na lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

6.2 Direito de Escolha

Diante do que foi exposto, buscar-se-á mostrar neste capítulo a incongruência do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, onde por sua vez tira o direito de escolher do regime de bens dos septuagenário, além ferir os princípios constitucionais tal como, a igualdade, bem como a dignidade da pessoa, como já delineados no item (5.5)

Posto isto, compreende-se que violar o direito de escolher de uma pessoa de 70 anos, implica em impossibilitá-la de exercer os direitos civis. Haja vista, Carta Maior, deixa bem nítido o direito à liberdade em seu artigo 5º, inciso II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (ANGHER, 2016, p.4)

Esposando do mesmo entendimento inerente a liberdade de escolher, o código civil em seu artigo 1.514 descreve: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados (ANGHER, 2016, p.272)”.

Desta forma, entende-se a liberdade de escolher é uma peculiaridade essencialíssima para o matrimônio, fomentando o direito à liberdade de casar, assim não deixa prerrogativa limita o direito de tomar decisão. Sendo assim, a pessoa tem o livre arbítrio de decidir sem que existe dispositivo que o impeça, desde que sejam preenchidos todos os requisitos legais para a celebração do casamento.

Recrudescendo tal linha intelectual, arremata o artigo 1.639 do direito civil: “É

lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (ANGHER, 2016, p.281).”

Para tanto, os artigos mencionados, cristalizam a liberdade de escolha dos noivos, quanto a tomada de decisão do regime de bens, e o que confirma o parágrafo único do artigo 16.40 do código civil:

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (PLANALTO,2018).

Isto posto, denota-se que o povo brasileiro é governado por um indivíduo acima dos setenta anos de idade, além dos ministros do Supremo Tribunal, isto é, os cidadãos com mais de setenta anos podem gerenciar a vida de um povo, tendo em suas mãos milhares de vidas dependendo de suas decisões e atuações, como restringir uma pessoa que conquistou seu patrimônio o poder de dispor da maneira que bem lhe convir ou da maneira que quiser?

Nessa esteira, encontra-se o correto pensamento de Costa (2013) aduz, é melhor o cidadão ter o livre arbítrio como seu aliado intentando e construindo seu mundo a partir das consequências de seus atos, independente do resultado de suas escolhas, se positivo ou negativo. O resultado negativo deve servir de aprendizado, sendo melhor aceito que a restrição imposta, assim, respeitando a liberdade da livre escolha.

Atualmente o nosso presidente Michel Temer hoje com 78 anos, lidera uma nação que vive cheia de expectativas e que sofre com várias decisões tomadas por uma pessoa que apesar da idade, é considerada civilmente e mentalmente capaz. E em sua volta, comandando e decidindo conjuntamente, estão alguns ministros que estão acima dos setenta anos de idade.

Deste forma, é mister ressaltar que o embate pela igualdade, é um direito previsto na Constituição Cidadã que estar ao alcance de todos os indivíduos. Assim, nada mais justo do que os nubentes maiores de 70 anos terem o prazer, a satisfação e o livre arbítrio de fazer o que bem entender com seu patrimônio, haja vista, sem intervenção estatal.

O direito à liberdade estar resguardado na própria Carta Política, que elaborou várias maneiras, para que tal princípio fosse resguardado e respeitado

pelo o Estado em todos os âmbitos. No entanto, criou-se mecanismo jurídicos que pudessem minimizar os sinais da coação ou da restrição do ir e vir. Isto é, liberdade para estar em qualquer lugar, ou em todos os lugares que o cidadão assim o quiser. Todavia, inclui-se a liberdade para escolher o que lhe convier, e sendo do seu agrado.

Isto posto, conforme o instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “em 76 anos, de 1940 a 2016, a expectativa de vida dos brasileiros ao nascer aumentou em mais de 30 anos e hoje é de 75,8 anos – um acréscimo de três meses e onze dias em relação a 2015 (IBGE, 2018).”

Observa-se que a expectativa de vida do brasileiro tem aumentado cada vez mais, isto indica que uma pessoa de 70 anos ao casar-se estará expectando a sua vida em pelo menos mais uns 10 anos. O que lhes oportuniza viver intensamente o seu relacionamento. Logo, macular o deito de escolha de cada um, é uma violação as garantias fundamentais previstas e protegidas pela Carta Magna Brasileira.

Contribuindo para um entendimento mais consentâneo Silva (2014) externa que é fato o aumento da expectativa de vida e da mesma forma, é fato a liberdade de escolha. Logo o autor em comento espera ter demonstrado que a restrição imposta aos nubentes septuagenários é uma forma imoral e leviana de ostentar a mão invisível do Estado na vida dos cidadãos.

Assim, os bens adquiridos de maneira lícita ao longo da vida, devem serem respeitos e utilizados com bem quiser. Portanto, não tem o Estado direito de ingerir-se na vida particular dos cidadãos, salvo, se esse patrimônio tenha sido obtido de maneira ilícita.

Portanto, verifica-se, que o livre arbítrio deve ser preservado até o último momento da capacidade civil do sujeito. Por conseguinte, essa singularidade é o ponto crucial para dirigir o regime de bens de um matrimônio, além do mais, não se deve ter como parâmetro a idade para pôr limites na liberdade de escolha, mas sim um atestado de sanidade mental.

7 CONCLUSÃO

“*Ex positis*”, conclui-se que, é nítida a imposição do Estado na escolha do regime de bens dos noivos septuagenários, onde existe a obrigatoriedade da separação total de bens. Nesse diapasão, denota-se que a há uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade de direitos, além, da dignidade da pessoa humana, principio base do ordenamento jurídico.

Haja vista, um jovem de 18 anos, sem vivência de vida, tem o livre arbítrio para fazer a escolha do regime de bens, enquanto os maiores de 70 anos, com larga experiência de vida, têm seus direitos cerceados pelo poder Estatal mediante a legislação, se utilizando do argumento da preservação do patrimônio, no entanto, este tipo de contraponto tornam-se inválidos diante de alguns institutos do direito civilista, onde podemos mencionar como exemplos: a doação e a disponibilidade da sua parte legítima da sua suposta herança.

Além do mais, como já fora mencionando no decurso desta pesquisa, o Brasil é liderado por um indivíduo com mais de 70 anos, bem como os nobres magistrados que o acompanham na direção desse país. Isto é, o Presidente da República conduz a vida de mais de 200 milhões de brasileiros, em contrapartida, o matrimônio, que é uma decisão que atinge apenas a vida de algumas pessoas. Sendo assim, o Estado intervém na vida particular do sujeito, ainda que tenha tido boas intenções, isto é, resguardar o patrimônio, entretanto, ignora o mais essencial, a celular mater da sociedade, que é família, além, da aplicabilidade, do livre arbítrio, da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade

Nesta senda, o artigo 5º. *caput* carta constitucional referente aos direitos individuais, reza que “todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ou seja, o texto faz a inclusão de todos os indivíduos, sem fazer acepção, diante das premissas, compreende-se que inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, mostra-se (in) constitucionalidade.

Posto isto, é vedada qualquer tipo de distinção, discriminação e desigualdade conforme os ditames dos princípios constitucionais, igualdade de direitos e dignidade da pessoa humana, desta forma trazendo um acolhimento por igual para todos. Deveras salutar, que o Estatuto do Idoso foi elaborado

nesse cenário, onde a sua essência está em proteger os idosos, sem que estes fossem colocados à margem da sociedade.

Logo, percebe-se desrespeito inerente aos princípios constitucionais já delineados no capítulo 5, onde se externou a origem dos direitos fundamentais, a sua primordialidade, bem com a dignidade da pessoa humana e a Lei 10.741/03, no que diz respeito ao direito de escolher consoante ao regime de bens, observando-se o desprezo aos septuagenários. Desta maneira, maculando diversos princípios e garantias fundamentais agasalhados pela Lei Maior.

Sendo assim, vislumbra-se a indiferença posto pelo legislador do direito civilista para com o ser maior de 70 anos, permitindo a celebração do casamento de indivíduos antes mesmo da maioridade, considerando a idade núbil a partir dos dezoito anos, inclusive com a liberdade de escolha do regime de bens.

Nesta sina, ao apreciar a limitação posta pelo artigo 1641, inciso II, do Código Civil, nos deparamos com o legislador envolto de preconceito e discriminação, pressupondo que o idoso maior de 70 anos, estar despojado da capacidade civil para assumir um casamento.

Nesse contexto, emerge a Súmula de nº 377 do Supremo Tribunal Federal, externando que deveria existir a partilha dos bens adquiridos em razão do esforço comum dos nubentes no decorrer do matrimônio. Porém, esta ocasionou vários debates no mundo jurídico. Todavia, é perceptível sua aplicação, segundo algumas jurisprudências.

Diante o exposto, surge uma pergunta, o atual presidente do Brasil Michel Temer, com 78 anos, Fernando Henrique Cardoso ex-presidente nos anos de 1995 a 2002, na época tinha 71 anos, ambos com extrema capacidade para liderar o país, e tendo em suas mãos o destino da vida de milhares brasileiros, por que ao se falar de escolher regime de bens, há um cerceamento do direito de escolha do indivíduo septuagenário?

Destarte, é inegável que existe uma discriminação Estatal, pois este, está envolvido de fragmentos de um Estado que se preocupa com o patrimônio e a administrar a vida do particular. Noutro lado, vivemos em um Estado democrático de Direito, onde tem as suas bases na dignidade da pessoa humana. Portanto, os cidadãos maiores de setenta anos, serão igualmente respeitados, como os demais, em relação ao matrimônio, quando estes tiverem o livre arbítrio na

escolha do regime de bens, assim fazendo uso da sua dignidade, que lhes é garantido na Constituição Federal de 1998.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata De: JÚNIOR, Wasir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**. 2 ed. São Paulo. Atlas. 2012. p.97

ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 12. ed. Atual. E ampl. São Paulo: Rideel, 2016, 283p.

Bitencourt, Caroline Müller; Reck, Janriê Rodrigues. Direito constitucional: teoria, prática, peças e modelos processuais: segunda fase da OAB. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 44.

BRASIL, IBGE. Expectativa de vida do brasileiro, 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/pesquisa-e-inovacao/noticia/2017-12/expectativa-de-vida-do-brasileiro-e-de-758-anos-diz-ibge> Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1943. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 236.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**:

DINIZ, Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro**. 27.ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno De Direito Civil**. 4. ed. São Paulo. Nelpa. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson. **Curso de direito civil: famílias** 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2017. p. 180-181.

FARIAS. Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: **Teoria Geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.137. 181.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013. P.311-312

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 7. ed. São Paulo saraiva, 2017. 6v. p. 389.

GOMES. Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 161.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9.ed.São Paulo. Saraiva. 2017. p.68

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. V.5: direito de família e sucessões, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009.302

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Alves, Vilson Rodrigues, Campinas: Bookseller, vol. III, 2002, p. 236.

MONTEIRO, Washinton Barros, SILVA, Reina Beatriz da. **Curso de Direito Civil** vol.2 – Direito da Família, 42. ed. São Paulo:Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Curso De Direito civil: Direito De Família**. 7. Ed. São Paulo. 2016. p.416, 659.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** – Volume único, 9.ed. São Paulo: Método, 2016, p. 110

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**, 4.ed. São Paulo. Método, 2014. p. 78

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.p. 143-145

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V Atual. Tânia da Silva Pereira, 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.120

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais** – Série IDP. 1.ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 48-49.

PIRES, Antônio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. Ed., rev., atual., e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO : 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 76
revista atual. Ampl., 5.ed. São Paulo. Atlas, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família** – vol. 6- 28. Ed. Coleção Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 07/2004. p. 44-46

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 35-36

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 8. ed. Livraria do advogado: Porto Alegre, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 9ª edição 4ª tiragem, 2005, São Paulo-SP, pag 178.

SILVA, Thamires Olimpia. "O que é expectativa de vida?"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-expectativa-vida.htm>>. Acesso em 24 de outubro de 2013.

SÍLVIO, de Salvo Venosa. **Direito civil: família** .17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. p.42, 353.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. Artigo postado em 2012, p.1

Vasconcelos, Clever. Curso de direito constitucional 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 145