

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MATHEUS MOREIRA DE FIGUEIREDO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

SOUSA  
2015

MATHEUS MOREIRA DE FIGUEIREDO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

SOUSA

2015

MATHEUS MOREIRA DE FIGUEIREDO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador (a): Prof<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Orientador (a): Prof<sup>a</sup>. Maria dos Remédios de Lima Barbosa

---

Examinador Interno: Eligidério

---

Examinador Externo: Karla Larolina

## RESUMO

A família é a base para a construção da sociedade. A evolução social trouxe o avanço nos ideais de dignidade e igualdade, tratando todos aqueles que dela fazem parte de forma igual e com respeito, posto que não exista mais a hierarquia dentro da família, o homem e a mulher são responsáveis igualmente pelo lar que constituíram assim como para os filhos que possuem. Estes com os mesmos direitos seja natural, adotivo ou afetivo. A Constituição Federal de 1988 traz em seus artigos a defesa destes princípios, pois ela se mostra com grande preocupação para a saúde da família, em especial para o afeto que as formam, ou seja, o bem estar dos seus membros. A Lei Fundamental ainda fala das varias formas de constituição de família. Em todos os tipos de união, ocorre a completa fusão do casal, isto envolve o afeto, o amor, o companheirismo e também os bens de cada companheiro. É no Código Civil de 2002 que analisamos as regras para os regimes de bens, sendo assim, o regime de bens nas uniões é uma consequência natural desta completa união de dois indivíduos para a formação familiar. Apesar de atualmente existir a possibilidade de escolha do regime de bens, no passado não era possível realizar tal escolha, pois a sociedade era marcada pela hierarquia e com isso, o homem sempre tinha direitos sobre os bens da sua esposa. Assim como ocorre no casamento, na união estável tem-se a oportunidade de escolha do tipo de regime para ser aplicado ao casal, assim como também, no caso do casal não escolher expressamente, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens. A forma como os bens serão administrados será escolhido pelo casal, de forma livre e espontânea, porém, a lei traz alguns casos em que obrigatoriamente deve ser adotado o regime de separação legal de bens. É o CC/02 que determina os casos obrigatórios de escolha do regime de separação legal de bens, e por ser obrigatório há preocupação nesta imposição legal para a união daqueles maiores de 70 anos, pois se trata de uma contrariedade aos princípios de dignidade e igualdade, defendidos pela Lei Maior, indo de encontro com o ideal de liberdade exposto pela lei. Esta imposição não leva em consideração o devido respeito que deve ser dado ao idoso. O estudo se mostra interessado na real mudança destas normas de imposição, visto que inconstitucional, pois se encontram abaixo da Lei Fundamental. E, por ser contrária a ela, tem-se a necessidade da realização do controle de constitucionalidade para que tal norma seja analisada, pois só assim pode-se tira-la das normas brasileiras, tamanha afronta aos princípios constitucionais. A família e suas formas de união, e todos aqueles que dela façam parte merecem ser respeitados, seja criança, jovem, adulto ou idoso. A lei traz seus direitos e deveres e devem ser respeitados, pois só assim que se tem uma sociedade com base segura.

**Palavras-chave:** Regime de bens. Idoso. Inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

The family is the basis for the development of society. Social evolution has brought forward the ideals of dignity and equality by treating all those who belong to it equally and with respect, since there is no longer the hierarchy within the family, the man and the woman are equally responsible for the home that constituted and for the children they have. These have the same rights to be natural, adoptive or affective. Federal Constitution of 1988 is well prepared in their articles to the defense of these principles, for it shows with great concern for the health of the family, especially for the affection that form, that is, the welfare of its members. The Basic Law also speaks of the various forms of family building. In all types of marriage, is the complete fusion of the couple, this involves affection, love, companionship and also the assets of each partner. It is in the Civil Code of 2002 we can analyze the rules for schemes of goods, so the property regime in the unions, is a natural consequence of this complete union of two individuals to family background. Although there is currently a choice of property regime, previously, in the past, you could not make such a choice of the system, because society was marked by hierarchy and with that, the man always had rights over the assets of his wife. Just as in marriage, common-law marriage has the opportunity to choose the type of regime to be applied to the couple, as well as in the case of the couple choose not expressly applies the system of partial property. The form in which assets will be administered will be chosen by the couple, freely and spontaneously, however, the law brings some cases that shall be adopted the system of legal separation of goods. It is the CC / 02 determining the cases required to choose the system of legal separation of property, and there is concern this be mandatory legal requirement for the union of those older than 70 years because it is a setback to the principles of dignity and equality, defended by the highest law, meeting with the ideal of freedom exposed by law. This imposition is clearly being irrational, not taking into account the due respect that should be given to the elderly. Our study shows interested in real change these imposing standards, as unconstitutional because it is below the Basic Law. And as contrary to it, there is the need to conduct of judicial review to which such a rule to be reconsidered, because only then can withdraw from among the Brazilian standards such an affront to the constitutional principles. The family and its forms of marriage, and all those who are part of it deserve to be respected, whether child, young, adult or elderly. The law brings their rights and duties and must be respected, because only then that we have a society with secure base.

**Keywords:** Property regime. Elderly. Unconstitutionality.

## Sumário

|  |    |
|--|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | 7  |
| <b>2 ESTUDO DA FIGURA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL</b> .....  | 10 |
| 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA.....   | 10 |
| 2.2 CONCEITO DE CASAMENTO.....   | 13 |
| <b>2.2.1 Da Natureza Jurídica do Casamento</b> .....   | 16 |
| <b>2.2.2 Das consequências do casamento</b> .....  | 18 |
| 2.3 DA UNIÃO ESTÁVEL E SEU CONCEITO .....  | 19 |
| <b>2.3.1 Da caracterização da união estável</b> .....  | 22 |
| <b>2.3.2 Das consequências da união estável</b> .....  | 23 |
| 2.4 RELAÇÃO ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL.....   | 24 |
| <b>3 DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL</b> .....  | 26 |
| 3.1. HISTÓRICO DOS REGIMES DE BENS.....  | 26 |
| 3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS REGIMES DE BENS.....  | 30 |
| <b>3.2.1 Do regime de comunhão parcial de bens</b> .....   | 30 |
| <b>3.2.2 Do regime de comunhão universal de bens</b> .....   | 32 |
| <b>3.2.3 Do regime de participação final nos aquestos</b> .....  | 33 |
| <b>3.2.4 Do regime de separação de bens</b> .....  | 34 |
| 3.3 APLICAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.....  | 36 |
| <b>4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS</b> ..... | 40 |
| 4.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....  | 40 |
| 4.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DA PESSOA HUMANA .....  | 44 |
| 4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA (CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE).....   | 46 |
| 4.4 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DA NORMA BRASILEIRA PERANTE O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS .....                            | 49 |
| <b>5 CONCLUSÃO</b> .....   | 55 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....  | 58 |

## 1 INTRODUÇÃO

A família é composta de uma relação humana entre dois indivíduos, que envolvem sentimentos como o afeto, paciência, perdão, escolhas em comum, solidariedade e patrimônio. É um desejo, uma vontade manifestada para a prática de um ato que envolve todos esses sentimentos em busca de uma satisfação pessoal, em busca de uma vida comum, capaz de gerar frutos em todos os sentidos.

O casamento, assim como a união estável, é forma de constituição de uma família, através da manifestação de vontades recíprocas, sendo uma demonstração livre das partes em partilharem uma vida de amor, carinho, companheirismo e tudo mais, decorrente do convívio em comum.

Com a formação da família, têm-se princípios que sustentam a sua existência e, como consequência, dão maior validade e segurança para a sua construção. Dentre os princípios destacam-se os da solidariedade familiar, proteção da dignidade da pessoa humana, proteção da família como um todo.

O Código Civil diz que: “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

A Constituição garante a todos a liberdade de escolha, entre elas a escolha de se relacionar com quem bem entender, e também garante a intimidade e honra de todos, deixando, assim, a vida privada mais livre de interferências.

Existe ainda a defesa por parte do Estado da intervenção mínima nas relações familiares, assim como o Código Civil fala da não intervenção ou da liberdade, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Esta liberdade de escolha se mostra, no casamento ou na união estável, a liberdade de se casar com a pessoa de seu afeto, do momento que desejam realizar esta união com a pessoa escolhida e também da forma que desejam realizar a união, nesse caso, entra a escolha do regime de bens que ambos desejam compartilhar em suas vidas.

A união que é estabelecida pelo casamento, gera, em decorrência da escolha do regime de bens, reflexos patrimoniais para o casal, no caso do desfazimento do mesmo em momento posterior.

Contudo, para o casamento daquelas pessoas maiores de 70 anos a lei impõe o regime de separação legal de bens, não dando oportunidade de escolha para os envolvidos.

O regime de separação legal de bens está previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002, e diz que os bens do casal não se tornam comuns entre eles em decorrência da união, ou seja, cada um continua dono dos bens que já lhe pertença e também daqueles que venham a pertencer mesmo após o casamento, ou união estável.

O CC/02 traz em seu artigo 1.641 os casos em que ocorre a obrigação da imposição do regime legal de bens, e entre eles, encontra-se a união de pessoas maiores de 70 anos, que é o objeto deste trabalho monográfico.

Porém, a imposição do regime de bens aplicado ao casamento para pessoas maiores de 70 (setenta) anos, tem causado controvérsias a respeito da possibilidade de violação do direito de livre manifestação de vontade, atingindo a dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da igualdade jurídica.

A primeira parte do parágrafo único do artigo 1.540 do código civil fala da liberdade de escolha do regime de bens para o casamento, assim como também se aplica á união estável. Porém, logo após a apresentação dos regimes vem a imposição da aplicação do regime de separação legal, ou obrigatória, de bens.

Não estaria esta norma sendo inconstitucional, posto que nitidamente contrária a Lei Maior, e que leva em conta apenas no que o legislador entende por necessário, não sendo levado em conta o desejo do casal em comungar com o rigorismo que já lhes impõe o ato de casar?

A Constituição Federal de 1988 já deixou clara a atenção dada para as famílias, pois ela entende que a família é o bem maior que a sociedade deve cuidar. A Lei Fundamental também diz da possibilidade de mudança ou exclusão de normas contrárias a ela, com a utilização do controle de constitucionalidade.

Como proibir o idoso de livre escolha, sendo certo que sua experiência de vida mais tem a ensinar do que a aprender, e também por não considerar a verdadeira intenção do mesmo, pois não se é considerado o laço afetivo que existe e que se quer ratificar por meio do casamento.

A imposição do regime é vista como uma provável redução de autonomia pelas partes envolvidas, se mostrando injustificável sua imposição frente ao grau de maturidade daquele maior de 70 anos. Ferindo, desse modo, a vontade das partes



em partilharem uma comunhão de vida e a inviolabilidade da sua dignidade e da igualdade.

A pesquisa se mostra importante, pois necessário se faz o controle de constitucionalidade, tendo em vista a clara violação a direitos garantidos na Constituição Federal de 1988, em especial seus princípios, como já citado.

Trazendo também inúmeros debates e julgamentos dos mais variados, porém contrários a esta norma, reconhecendo, assim, a inconstitucionalidade da norma trazida no art. 1641, II, Código Civil.

Com o uso do método dedutivo para a abordagem do tema, tem-se por meio da razão, o conhecimento da possibilidade da inconstitucionalidade da norma em discussão, visto á sua contrariedade com normas constitucionais, pois parte-se da Constituição, como Lei Maior, para chegar a conclusões particulares.

Também com o método de pesquisa documental, que conforme se vê a aplicação da norma em estudo, de forma a verificar a inconstitucionalidade da mesma. Tendo por base o estudo de jurisprudência e doutrinas, mas também utilizando de leis e artigos científicos.

## 2 ESTUDO DA FIGURA DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Um ideal de rigidez e hierarquia, a idolatria de um Deus, a conservação dos costumes, tudo isto representava a família dentro da sociedade antiga. Nela imperava a religião, porém, o reconhecimento de novas formas de família, a ideia de uma família regida pelo afeto retrata o conceito de casamento e união estável atualmente.

### 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

No passado, a família não era considerada uma forma de realização pessoal e amorosa como se vê atualmente. As famílias eram principalmente voltadas à construção de uma sociedade e dessa forma envolvia bens e valores morais severos, coisas que hoje estão em segundo plano quando se trata da família.

Coulanges e Denis, (1998, p. 36) dizem na obra *A Cidade Antiga* que: “O esteio da família não o encontramos tampouco no afeto natural. O direito grego como o direito romano não tinham em conta esse sentimento. Este podia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, nada era”.

A família era uma instituição rígida e nela não se permitia a demonstração de afeto, como diz o autor acima, apesar da sua existência, com isso, se oprimia a felicidade da pessoa que dela fazia parte ceifando o direito que todos merecem de fazer parte de uma família completa de carinho e amor.

A maneira de ver a família hoje está ligada ao modo de evolução sofrido pela sociedade, até porque a família faz parte dela, é a família que compõe a sociedade, sendo assim, o conceito de família e sua composição evoluiu junto com a nossa sociedade.

Segundo Monteiro (2010, p.19):

Na evolução do direito de família verifica-se que, além de ser havida como célula básica da sociedade, presentes os interesses do Estado, a família passou a ser tratada como centro de preservação do ser humano, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares.

Não existe mais a hierarquia entre seus integrantes, o bem maior a ser defendido é o bem estar das partes, nele considerados todos que fazem parte desta sociedade chamada casamento, composta pelo pai, a mãe, os filhos, avós, tios, sobrinhos e principalmente aquelas tidos por vínculos de afeto.

Com um conceito mais objetivo para o casamento diz Nader (2013, p. 35) que: “O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade”.

A família constituída nos dias de hoje é encontrada nas mais variadas formas, seja pela monoparental, onde existe apenas um dos pais e os descendentes, seja pela homoafetiva, que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 como família.

Seja a pluriparental, onde ocorreram vários casamentos, resultando em diversos descendentes e seus familiares, que estão previstas na Constituição Federal, conhecidos como famílias reconstituídas.

E ainda se fala em família anaparental, aquela decorrente da ausência dos pais, constituída apenas por irmãos, tios ou avós. Todas provenientes das formas de constituição da entidade familiar quais sejam pelo casamento civil, ou pela união estável entre homem e mulher.

Diniz (2010, p. 13) diz que:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas pelo casamento, mas também pelo companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal de pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.

A autora mostra a importância da família para o desenvolvimento das pessoas, seja ela da forma que for constituída e também confirma o sentimento de realização pessoal das pessoas que dela fazem parte. A autora reconhece a marca do afeto nas relações familiares deixando claro a sua importância na construção familiar.

Elas surgem com base em novos princípios, que são definidos na Constituição Federal de 1988, como o princípio da proteção da dignidade da pessoa

humana, no art. 1º, III da Constituição Federal; o princípio da solidariedade familiar, no art. 3º, I, também da Constituição.

Como leciona Diniz na citação anterior, há a grande atenção que se dá ao afeto, um sentimento que é visto hoje de forma mais ampla, o afeto do sobrinho com o tio, do neto com o avô, do pai com o filho adotivo, enfim, o afeto é a base da família, tendo que ser elevada à categoria de princípio, que constrói uma família, pois qualquer de suas formas é família.

Em relação aos filhos, diz o artigo 1.596, do Código Civil que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Confirmando a grande atenção que é dada hoje para o sentimento de afeto nas relações familiares. Sendo o afeto a base da família moderna, pode-se considerá-lo como um princípio, que tem como justificativa outro princípio, que é o princípio da dignidade humana.

É este último que traz garantias para um lar seguro, para uma família amorosa, para uma qualidade de vida melhor para todos que compõe aquele conjunto que na verdade é um núcleo da nossa sociedade.

Concordando com o que considera Farias e Rosenvald (2013, p.71):

Dessa forma, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu 'eu', sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele (do afeto) decorram efeitos jurídicos dos mais diversos possíveis.

Até o princípio da proteção da família previsto no art. 226 da Constituição, e que inclusive no próprio artigo fala que a família é a base da sociedade, ao contrário do que existia, quando os costumes e a hierarquia faziam partes dos fundamentos da família.

Esses princípios novos dão uma sustentação mais sólida para a caracterização da família como uma instituição de carinho, afeto, solidariedade e passa a deixar de lado aquela caracterização que tinha do casamento como um contrato onde havia apenas obrigações e submissão.

## 2.2 CONCEITO DE CASAMENTO

O casamento é um meio de regulação, conforme a lei, da união entre pessoas que desejam partilhar suas vidas, de forma a garantir uma satisfação pessoal e a construção social, é a partir da escolha livre das partes que ocorre tal união, surgindo daí a constituição de uma família.

Diniz (2010, p. 37) fala que: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

O casamento sempre foi visto pela ótica religiosa, onde um homem e uma mulher se unem para uma mesma finalidade, que era a formação familiar, no âmbito da religião, era considerado indissolúvel.

A união entre estas duas pessoas tida como uma forma de mostrar que o homem tinha que possuir sua própria família, sendo a mulher sempre submissa a ele e a procriação era obrigatória para que fossem cultuados pelos seus descendentes o seu legado.

Ainda na obra de Coulanges e Denis, (1998, p. 36) diz:

O que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa mais do que associação natural.

A obra trata de forma clara a importância que se dava à religião no passado, principalmente nas civilizações gregas e romanas, onde estavam submissos a ela e em especial as mulheres e filhos.

Naquele tempo o casamento era considerado para o homem uma maneira de mostrar a sua força moral, demonstrar que era capaz de reger uma família, era

apenas uma questão de honra e virilidade; no caso da mulher era uma obrigação, uma forma de mostrar-se submissa ao marido e tinha que mostrar-se também prezada e amorosa com o marido, a casa e os filhos.

Assim como também restava aos filhos seguir os anseios dos pais, que muitas vezes os obrigavam a casar com quem não tinham nenhum mínimo de afeto, forçavam a continuar a profissão do pai e ainda se viam no dever de perpetuar o nome, o legado, os seus deuses e a cultura na qual estavam inseridos.

Rodrigues (2002, p. 23) ensina que: “[...] por muito tempo, todo o assunto de celebração do casamento e suas nulidades vinha disciplinado pelo direito canônico”.

O casamento religioso era o único modo tido como possível para a constituição da família, a união de duas pessoas através do casamento era um pensamento fixo na sociedade, pois era algo essencial para caracterizar a formação familiar, ou seja, não existia uma família sem que ocorresse o casamento entre um homem e uma mulher.

Como dizem Farias e Rosenvald (2013, p.40): “Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava-se a regra ‘até que a morte nos separe’ admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo de casamento”.

Nota-se que muitas vezes o casamento passava a ser uma forma de tortura para aquele que não mais se via feliz naquela situação em que se encontrava, porém a obrigação, proveniente dos costumes, de viver daquele modo os colocavam sem escolhas, e o sacrifício tido por eles é o de suas próprias felicidades, passando a cultivar, durante anos, mentiras e sofrimentos.

Porém, sempre existiu a presença do concubinato, onde as pessoas casadas possuíam relações com outras pessoas fora do casamento, assim como também o concubinato caracterizava uma relação não regulada entre duas pessoas, mesmo que nenhuma delas fosse casado, ou que estivesse de qualquer outra forma impedido de casar.

Venosa (2010, p. 04) diz em sua obra: “O cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cerceando-a de solenidades perante a autoridade religiosa”.

Mostra a existência da união espontânea de duas pessoas que não era reconhecida, na verdade, mesmo condenado pela sociedade, sempre esteve presente. O concubinato sempre foi a forma mais livre de formação de uma família.

O concubinato era conhecido de duas maneiras, o concubinato puro, onde as pessoas se relacionavam e não firmavam casamento, geralmente porque aquela relação não era aprovada pela família das partes, ou simplesmente as partes não assumiam um compromisso de casamento. E o concubinato impuro, onde as pessoas se relacionavam uma com a outra, porém, um deles ou ambos já eram casados, ou de algum modo eram impedidos de firmar casamento.

Em nenhum dos casos considerava-se a existência de uma família, os filhos, tidos nestas relações eram considerados impuros, e as mulheres eram humilhadas frente à sociedade.

Para esclarecimento sobre a forma que ocorria o concubinato impuro o Código Civil de 2002 traz no Art. 1.521 os impedidos de casar:

Não podem casar:

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

Porém, atualmente o casamento se vê regulado pelo Estado, sendo assim, tanto o casamento civil como o casamento religioso, se mostra moldável as situações existentes nos dias de hoje e com uma finalidade mais íntima para as partes, onde se tem a necessidade de afeto, companheirismo e tudo mais que possa ser compartilhado entre duas pessoas para o crescimento pessoal, profissional e espiritual.

Nader (2013, p. 59) diz:

A cerimônia religiosa, tendo em vista a sua tradição em nosso meio e o permissivo constitucional, pode produzir iguais efeitos jurídicos ao casamento civil e a partir da celebração. Para tanto a habilitação deve ser homologada na forma da lei e efetivar-se o registro em cartório.

O casamento religioso ainda tem sua força frente à sociedade, pois ela tem por base os costumes, e com isso se mostra bem presente e com ela o verdadeiro sentido de comunhão espiritual, visto que o afeto e a fé do casal juntam-se para o mesmo fim.

Da união entre duas pessoas é que tem a origem de uma família, é uma consequência natural dessa junção, que se mostram unidas por vínculos que se põem maiores do que a mera obrigação de constituição de família.

É o cuidar, sendo, pois o seu querer, a sua escolha, escolha de cuidar, a vontade de amar, o querer ter uma vida em comum com seus familiares, a divisão do amor entre eles, quem sabe com seus filhos, seus pais, etc.; mais importante que tudo que se mostra como obrigatório ou necessário.

Diz Tartuce (2013, p. 1069) que: “Princípio da liberdade de escolha, como exercício da autonomia privada – salvo os impedimentos matrimoniais, há livre escolha da pessoa do outro cônjuge como manifestação da liberdade individual, princípio esse retirado do art. 1.513 do CC”.

A família constituída pelo casamento onde as partes livremente se manifestam pela escolha do seu parceiro publicamente e também frente a uma autoridade do Estado, declarando a vontade de conviver com outro, dela surgindo direitos e deveres.

### **2.2.1 Da Natureza Jurídica do Casamento**

O casamento é construído pela união de duas pessoas, pelo vínculo de afeto e amor, para a criação de seus filhos, a doação entre as partes, o compartilhamento dos interesses e das responsabilidades, a assistência material e espiritual, assim como a entrega ao esforço comum.

Venosa (2010, p. 27) diz: “Sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole”.



O afeto, considerado como princípio para a constituição da família, é também um princípio provocador do casamento, pois é a partir do afeto entre dois indivíduos que se vê a vontade de constituição da família e como consequência existe o casamento, regulado por lei e que confirma a união entre eles.

Pois, mais do que uma forma legal de confirmar a união de duas pessoas, o casamento é algo que compõe a sociedade, pois se mostra como consequência da história e dos costumes.

Considerado como instituição, levando-se em conta a moral existente em tal ato em parâmetros pré-estabelecidos, também a sua face religiosa, consequências do passado do qual é proveniente, sendo assim, pela sua finalidade, é uma instituição, onde se tem a demonstração de afeto, a união de dois indivíduos para a concretização de uma vida em comum.

Considerado como contrato leva-se em conta as consequências que advêm da decisão tomada pelas partes, como direitos e deveres, e por ser celebrado a partir dessa vontade, é a consideração feita pelo Código Civil, caracteriza-se quanto a sua forma de concretização, ou seja, através da expressa manifestação de vontade das partes, sendo confundida com um contrato.

Como consta do Código Civil no Art. 1.514, confirma o que foi dito acima sobre a condição de contrato aplicado ao casamento: “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”.

Levando pelo lado do afeto, que hoje se mostra a base para a formação familiar, o casamento é sim uma instituição, mas não podemos esquecer que dele também originam direitos e deveres, e uma expressa manifestação de vontade para confirmá-lo, sendo assim, também o casamento é tido como um contrato.

Ainda os ensinamentos de Venosa (2010, p. 26), mostram que: “O casamento fez com que os cônjuges adiram a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Neste sentido apresenta-se a conceituação institucional. Trata-se, pois, de negócio complexo, com características de negócio jurídico e de instituição”.

Podemos dizer, portanto, que o casamento é uma instituição assim como também é também um contrato, provocando uma mistura das duas características, como consta do Código Civil no Art. 1.511: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

### 2.2.2 Das consequências do casamento

Várias são as consequências advindas do casamento, como os deveres de fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, a guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos, todos regulados pelo Código Civil no seu artigo 1.566.

O Art. 1.567, do Código Civil diz ainda que: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

A luz da lei atual, o controle da casa está dividido entre o homem e a mulher. Hoje as mulheres já tem sua própria independência financeira e tem o controle da família junto ao marido, não sendo apenas submissa e controlada, como era tido anteriormente.

Carvalho (2009, p. 26) diz que: “A comunhão de vida é a principal finalidade do casamento, importando na identificação de duas existências, sofrendo as mesmas dores e partilhando as mesmas finalidades”.

A monogamia, a comunhão plena de vida e a liberdade de escolha são alguns dos princípios que fundamentam o casamento, posteriormente surgem os deveres, como o respeito e a assistência conjunta, a criação da possível prole do casal, em relação à educação e sustento, a partilha e a doação por parte do casal, enfim, tudo que for necessário para uma sadia convivência.

Muitas consequências já eram previstas por Pereira (2000, p. 14): “Mais reduzida numericamente, porém mais rica de consequências, é a família quando considerada como relação: a) ao princípio da autoridade; b) aos efeitos sucessórios e alimentares; c) as implicações fiscais e previdenciárias”.

Por fim se tem a comunhão de patrimônio do casal, regulada pela escolha livre do regime de bens tido pelo casal, onde o artigo 1.639 diz que: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Em relação ao patrimônio, tem como consequências a assistência pecuniária entre as partes e com sua prole, os direitos sucessórios, direitos de habitação do cônjuge viúvo, entre outros.

Carvalho (2009, p. 100) ainda diz que: “O regime de bens passa a vigorar a partir da celebração e, como ocorre no direito sucessório, se extingue com a dissolução da sociedade conjugal”.

Tais consequências do matrimônio são como uma confirmação daquilo que foi firmado pelo casal, ambos esperavam e almejavam por essa vida em comum, a vivência no mesmo teto, a criação dos próprios filhos e o respeito que cada um tem para com o outro, e dessa forma a gerência dos bens e sua posterior partilha, no caso de divórcio, devem ser levados em conta.

Como diz em Farias e Rosenvald (2013, p.323):

[...] como se trata de uma comunhão plena de vida, com o propósito de servir à realização fisiopsíquica da pessoa humana, o casamento (assim como as demais comunidades familiares) projeta consequências referentes tanto à pessoa dos cônjuges, quanto ao seu patrimônio.

Pois na mesma consideração do que diz o artigo 1.511 do Código Civil, como já citado sobre a comunhão plena de vida, o casamento enlaça todos os sentimentos de amor, companheirismo, entre outros, assim como também sobre os bens pertencentes às partes ou que venham a pertencer com o decorrer da vida que adquiram juntos.

## 2.3 DA UNIÃO ESTÁVEL E SEU CONCEITO

A união estável surge como uma maneira de regular aquilo que não está confirmado perante o Estado, porém está sim confirmado perante a sociedade, e assim como no casamento há a ratificação do desejo do casal imbuídos dos sentimentos de afeto, companheirismo, doação e amor, estes sentimentos estão bem presentes também na união estável.

Tendo por base a vontade manifestada, a escolha tida pelas partes de se unirem e formar uma família é que aparece a figura da união estável, hoje tendo grande reconhecimento como uma entidade familiar.

Assim como considera Fiuza (2010, p.993): “Esta intenção traduz-se na vontade de viver juntos, compartilhando o dia a dia, criando uma cumplicidade, uma comunhão de vida, amparando-se e respeitando-se reciprocamente”.

A figura do concubinato puro que sempre esteve presente na sociedade e que era discriminado agora é reconhecido, e regulado, pelo Código Civil. Considerado uma forma de constituição familiar, é hoje conhecido pelo termo União Estável.

O concubinato impuro ainda existe, porém conhecido apenas como concubinato, como se tem no artigo 1.727 do CC.

Tartuce (2013, p. 1169) diz que:

Como já ficou claro pelos tópicos acima, não se pode confundir a união estável com o concubinato. Em relação ao último, dispõe o art. 1.727 do CC/2002 que as relações não eventuais constituídas entre o homem e a mulher impedidos de casar constituem concubinato.

Representa os casos de pessoas que mesmo casadas possuem uma relação estável concomitantemente com o casamento, ou por qualquer outro impedimento, que são os mesmos do artigo 1.521 do Código Civil.

Mesmo sendo visto por este ângulo, hoje a existência da união entre duas pessoas, que formam uma família, é reconhecida, dando total abrangência, aos envolvidos, dos direitos e garantias provenientes desta relação.

Verificado o afeto como sustentáculo para a união entre duas pessoas, a união estável é uma família constituída, não era regulado de forma direta como ocorria no casamento, mas que hoje possui suas garantias. Mostra-se que o afeto é a base para a construção da família, mesmo que não ratificada através do casamento.

Rodrigues (2002, p. 299) aduz que:

[...] o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, sua condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob a proteção do Estado.

Mais uma forma de trazer proteção para a família como um todo, regulada pelo Código Civil de 2002, agora mais do que nunca se vê a preocupação com o bem estar de todo o conjunto familiar.

Esse cuidar que se vê é com toda a família, isso porque não se reconhecia um filho que fosse proveniente de um concubinato, hoje união estável, e isso mudou devido o reconhecimento legal, assim como o reconhecimento da mulher como parceira e com isso, os direitos patrimoniais também podem ser considerados.

Farias e Rosenvald (2013, p.506) dizem que:

É que partindo de uma concepção instrumentalista da família, é possível afirmar que a tutela jurídica dedicada a família não se justifica em si mesma. Isto é, não se protege a família por si mesma, mas para que, através dela, sejam tuteladas as pessoas que a compõem. Assim sendo, seja qual for o núcleo familiar, merecerá especial proteção do Estado para que através dele esteja garantida a dignidade de seus membros.

Independente da maneira como fora constituída, o reconhecimento da união estável como entidade familiar visa propiciar direitos para os componentes da família que antes não eram reconhecidos, a não ser pelo casamento, e que agora pode ser reivindicado, pois as uniões afetivas informais sempre existiram, assim como ainda existem, e até de uma forma mais numerosa.

Mesmo que não tenham firmado perante a autoridade do Estado, apenas o fato de conviverem juntos e partilharem o amor, o afeto e tudo o mais que constitua uma família notoriamente, continuamente e de forma duradoura já se vê o interesse de constituí-la e assim se tem reconhecida como uma entidade familiar. É o que consta do Código Civil em seu artigo 1.723, que trata do reconhecimento da União Estável.

A união estável não é equiparada ao casamento, é mais uma figura reconhecida como forma de constituição de família e que tem por finalidade maior a proteção dos direitos daqueles que fazem parte desta configuração familiar. Porém, a união estável não gera um estado civil, mas os companheiros ou conviventes tem sua relação regida pelo direito de família.

A Constituição Federal de 1988 diz: “Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Os direitos reconhecidos não são só direitos de partilha e sucessão de bens, mas sim o direito à proteção da família, direito a uma vida digna e saudável, direito a segurança e, o mais importante, o direito ao afeto, enfim, o direito a ter uma família.

Duas pessoas desejam compartilhar suas vidas, suas escolhas, tenham bens e filhos de forma mútua, e mesmo assim não formalizaram tal convívio com o casamento, é caracterizada, assim, a união estável.

Surge o reconhecimento de tal situação como sendo uma união estável, se mostrando que o interesse maior é a divisão do afeto, da companhia um do outro, da partilha do amor entre as partes e para os que dela fazem parte.

Não se pode deixar de mencionar que a existência da união estável entre um homem e uma mulher abriu espaço para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, pois o propósito de constituição de uma família existe, é duradoura, é pública e o mais importante é regido por meio do afeto.

### **2.3.1 Da caracterização da união estável**

O Código Civil reconhece a união estável da seguinte maneira art. 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

As características citadas são elementos que corporificam a união estável, trazendo desse modo a construção da entidade familiar, que sempre fez parte da nossa sociedade e que apenas com a Constituição Federal de 1988 foi reconhecida e com o Código Civil de 2002 ela está sendo regulada da forma que sempre deveria ter sido.

Não se pode verificar a existência dos elementos de forma separada, todos esses elementos estão de alguma forma interligados, e juntos demonstram a caracterização da entidade familiar.

A convivência pública sem que contenha os elementos, continuidade e durabilidade não se demonstram publicamente, pois sem que ela seja duradoura e contínua não ocorreria à publicidade. A publicidade seria uma consequência lógica da continuidade e durabilidade.

Assim como também não se pode constatar os elementos anteriores com o elemento “objetivo de constituição de família”, pois não haveria durabilidade e publicidade em uma relação que não tivesse o objetivo de constituição de família implícito, pois, mesmo que não haja filhos provenientes de tal relação, ainda assim existirá uma família.

Na lição de Venosa (2010, p.42) a natureza jurídica da união estável é que ele é um fato social, um fato jurídico e como tal produzem direitos e deveres no mundo jurídico: “Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico”.

A maior das características que corporifica a entidade familiar é o afeto que existe na relação entre duas pessoas, sendo assim, tanto o casamento, como a união estável, estão corporificadas com o mesmo sentimento.

Com a presença do afeto nestas relações, não é necessária nenhuma outra característica para que seja reconhecida, tanto que na união estável não é necessário o divórcio da pessoa casada, mas apenas a separação de fato, demonstrando o fim do afeto, pois o interesse maior a proteger é a família em si.

### **2.3.2 Das consequências da união estável**

O artigo 1.724 do Código Civil fala dos deveres provenientes da união estável e diz: dever de lealdade, dever de respeito ao companheiro, dever de mútua assistência, moral, afetiva, patrimonial, sexual e espiritual, dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Pode ser observado que o artigo do Código Civil não especifica sobre o domicílio do casal, assim como também o STF já se manifestou sobre o assunto e a súmula 382 diz que: “A vida em comum sob o mesmo teto ‘*more uxorio*’, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Assim, se mostra ainda mais a espontaneidade da entidade familiar que é a união estável, visto que a súmula reconhece a família formada, mesmo que não haja domicílio comum entre as partes.

Porém, a maior consequência proveniente da união estável é o seu reconhecimento como entidade familiar, o reconhecimento dos parceiros que dela fazem parte, o reconhecimento dos filhos que dela surgiram, enfim o reconhecimento do amor que surge de forma simples e que tem que ser tratado como tal.

Carvalho (2009, p.248) diz que: “[...] a união estável não tem termo inicial estabelecido, nascendo da consolidação do vínculo de convivência, de comprometimento mútuo, entrelaçamento de vidas e embaralhar de patrimônio”.

Na união estável pode-se escolher o tipo de regime de bens a ser partilhado pelo casal, porém, geralmente esse tipo de relação não é firmado pelas partes, apenas acontece e dessa forma o tipo de regime a ser considerado é o de comunhão parcial de bens.

Como consta da Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Mesmo sendo considerado apenas o regime de separação legal de bens, o mais importante já está sendo feito, que é o próprio reconhecimento destes direitos para aquelas que compõem esta forma de família.

## 2.4 RELAÇÃO ENTRE O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

O afeto é uma característica presente em ambos os institutos familiares, mas também é o único que não pode ser exigido, não pode ser cobrado, pois ele é natural, voluntário, perdendo esse sentido quando for obrigatório.

Carvalho (2009, p. 248) diz do afeto na constituição familiar: “O casamento e a união estável têm origem no elo afetivo, existindo quase uma simetria entre as duas estruturas de convívio”.

Tanto o casamento quanto a união estável tem como propósito a composição de uma família, e dela é proveniente o amor, o carinho a parceria etc. Farias E Rosenvald (2013, p.40) dizem que: “O afeto é relevante para as relações de família, mas não é vinculante e obrigatório”.



Há relações estreitas com o reconhecimento dos filhos. A doutrina considera justo aplicar a presunção de paternidade, tida para o casamento, no que se encontra no artigo 1.597, III, IV e V, para a união estável.

Nader diz ainda (2013, p.283): “O critério socioafetivo dimana de uma situação fática, que nasce da educação, amparo, proteção, afetividade, aplicados na criação de uma pessoa e por quem não é pai nem mãe biológica”.

Outra semelhança a ser mostrada é que os dois institutos sofrem a aplicação do regime de comunhão parcial de bens, pois ocorre sempre que o casal não diz de forma expressa qual regime de bens deseja que seja aplicada a união da qual formam.

Sendo assim, o regime de separação parcial de bens é regra, sendo os demais aplicados quando não se tem uma efetiva escolha pelas partes.

Outra correspondência entre o casamento e a união estável está em relação as suas consequências. Os direitos e deveres do casal entre si, os direitos e deveres do casal com sua prole, os direitos patrimoniais, assim com muitos outros.

Isso provém do fato que a Constituição, e o Código Civil, reconheceram a união estável como entidade familiar justamente para gerar direitos e deveres aos que dela faziam parte.

### **3 DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL**

A regulação dos bens do casal, sempre presente nas uniões, porém não considerado com a ideia de partilha, mas sim de unificação, ou seja, os bens da mulher eram agregados aos do marido e só ele cuidava e geria. Atualmente busca-se a igualdade em as partes, e com ele encontra-se a ideia de partilha e administração dos bens do casal.

#### **3.1. HISTÓRICO DOS REGIMES DE BENS**

Os regimes de bens são consequências da união de duas pessoas para a constituição de uma família, que tem por finalidade regular a vida financeira do casal.

O compartilhamento do afeto, do convívio, as responsabilidades com filhos e com o lar são deveres decorrentes das uniões, os bens materiais também devem ser regulados para garantir a satisfação da família como um todo.

Diniz (2010, p.154) conceitua a comunhão de bens entre o casal da seguinte forma:

Como pudemos apontar alhures, uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação a pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos.

Consequências estas já esperadas pelo casal, ou seja, ambos buscaram um compartilhamento de vida, não podendo deixar de contar os bens materiais junto aos emocionais e que faz jus ao que consta do artigo 1.511 do Código Civil que diz que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

A plenitude se mostra na doação, de corpo e de espírito, do casal para a construção familiar e com eles envolvendo o patrimônio que ambos construíram ou já possuíam anteriormente.

Segundo Farias e Rosenvald (2013, p.323): “Ora, considerado o caráter indiviso da comunhão de vida, chega-se à fatal conclusão de que a união entre dois seres humanos, marcada pela afetividade, traz consigo uma conjugação de aspectos emocionais/espirituais e aspectos materiais”.

Uma completa comunhão de vida, visto que um casal se une para dividir tristezas, somar o amor e porque não fazer o mesmo com os bens que regem a vida pessoal deles e de seus possíveis filhos, isto vendo a família no seu sentido mais restrito.

Antigamente, quando a mulher era considerada apenas uma peça necessária para a formação familiar, os bens que a ela pertenciam também era uma peça que necessitava de administração.

Sendo assim, o marido tinha o comando do lar, das pessoas que dela faziam parte e dos bens, era ele quem tinha o controle dos bens da sua esposa, que era visto como um tipo de dote.

Venosa (2010, p. 322) diz sobre o dote:

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo marido, que se tornava o único proprietário e administrador. Tratava-se de consequência do casamento *cum manu*, ao qual já os referimos. Como a mulher ficava sujeita ao poder do *pater familias*, assim também ficavam seus bens.

Como diz o autor, este dote eram bens doados pelos pais da noiva para que o casal arcasse com as despesas da casa, porém, ele era incorporado aos bens do marido e com isso ele tinha todo o controle dos bens, até porque a própria mulher era controlada por ele, assim como os filhos do casal.

Da mesma forma dispõe Nader (2013, p. 375):

A mulher *alieni iuris* sequer possuía patrimônio e ao mudar de família perdia dos direitos sucessórios em sua origem. Neste caso, parentes da mulher entregavam ao futuro marido um dote – conjunto de bens para atender às necessidades materiais do casal.

Mostra-se o total controle do homem sobre a família, tanto do lar, como dos filhos, da esposa e dos bens. A mulher, assim como seus bens, eram propriedade do seu marido, com a união tudo estava nas mãos dele.

Hoje em dia o controle dos bens é feito em conjunto pelo casal, ambos decidem a sua administração, controlando gastos com a casa e com os filhos. A escolha do regime de bens é feita de forma livre pelo casal.

No casamento, por um pacto antenupcial, dá-se a escolha do regime de bens e é ele que irá regular os bens do casal, e com a criação de um contrato escrito entre os companheiros dá-se a escolha do regime de bens para a união estável, tanto na constância da união quanto no fim dela.

Tartuce (2013, p. 1117) diz que: “O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento[...]”.

De forma conjunta o casal escolhe o modo que pretendem submeter seus bens, sejam bens comuns, sejam bens particulares. Sendo eles regulados pela forma como eles entenderem melhor para ambos.

Assim como a administração destes bens, no decorrer da união atendendo às necessidades da casa e dos seus moradores, também se mostra partilhada por eles, e ainda no caso de uma possível divisão destes bens na ocorrência do fim da união que compartilham.

A divisão do afeto entre o casal, a divisão dos direitos e deveres também envolve a divisão de cuidar e administrar dos bens que pertencem ao casal. O seu uso deve resguardar a dignidade da pessoa humana do casal e da sua possível prole.

Farias e Rosenvald (2013, p. 330) dizem:

Nessa ordem de ideias, é preciso reconhecer que, por força dos parâmetros (humanistas e sociais) impostos pela Constituição, o regime de bens do casamento deverá implicar no reconhecimento de uma categoria básica, mínima, de bens que ficam imunes à penhora, com o propósito de resguardar a própria dignidade das pessoas que alçam voo no rumo da plena realização de vida.

Defendendo a existência da teoria do patrimônio mínimo para as relações familiares, os autores dizem da necessidade dos bens nas uniões, e a sua

importância para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, defendido pela Constituição Federal.

A correta administração dos bens do casal é que leva a uma vida tranquila para ambos e para todos que dela fazem parte. Educação dos filhos, alimentação saudável, moradia digna, saúde e muito mais que seja necessário para um crescimento correto e tranquilo para os filhos e para o casal.

Com a escolha do regime de bens, o casal fica submetido às regras escolhidas, porém não há impedimento para mudarem o regime mesmo que seja na constância do casamento ou da união estável.

Como consta do Código Civil de 2002 no seu artigo 1.639, § 2º: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

Porém, esta opção de mudança do regime de bens apareceu apenas no novo CC, ou seja, não estava previsto anteriormente, sendo assim, antes dessa mudança, o casal era obrigado a permanecer no regime que já estava vigente aquele tempo para a união que tinham firmado.

No caso da união estável, a escolha do regime de bens se faz mediante assinatura de contrato escrito pelo casal, fazendo com isso uma prova da existência da relação que esta sendo firmada. Caso contrário será regido o regime de comunhão parcial de bens, como acontece no casamento.

A escolha do regime de bens não é um fato obrigatório, é uma opção do casal, é algo livre, somente o casal tem direito de escolha do regime de bens ao qual pretendem ficar submetidos, tanto que, a lei supre esta opção no caso de não manifestação do casal.

Nesse caso, o regime de bens a ser considerado no caso de o casal não realizar uma escolha expressa será o regime de comunhão parcial de bens, com isso, caso deseje outro regime, deve escolher expressamente por meio do pacto antenupcial, ou por contrato escrito, para que ele seja aplicado.

Fiuza (2010, p. 978) confirma o comentário acima:

A regra é a livre escolha pelos nubentes do regime porque se pautará o casamento. Todavia, na falta de estipulação de sua parte, vigorará, por força de lei, o regime da comunhão parcial de bens. Assim, para que possam os noivos escolher regime diverso da comunhão parcial, ou seja,

qualquer um dos outros três, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial.

Assim sendo, não só confirma a não obrigatoriedade da escolha do regime de bens, como também confirma a aplicação subsidiária da lei para a aplicação do regime de comunhão parcial e também para a necessidade do pacto antenupcial em caso de escolher um regime diverso deste.

O Código Civil é claro quanto a isto no seu artigo 1.640: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

E ainda diz no artigo 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Sendo assim, devido à condição de entidade familiar posta na união estável, nada mais justo que considerar o mesmo regime de bens atribuído ao casamento em caso de omissão das partes em escolhê-lo livremente.

No passado, antes de 1977, no caso de o casal não escolher expressamente o tipo de regime a ser aplicado na união conjugal era automaticamente aplicado o regime de comunhão universal de bens.

Confirmando esta teoria diz Venosa (2010, p.323): “Até o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a redação original do Código anterior dispunha que no silêncio dos nubentes o casamento seria regido pelo regime de comunhão universal”.

Os tipos de regimes de bens estão estipulados no Código Civil, sendo regulados entre os artigos 1.658 à 1.688, e são eles: o regime de comunhão universal de bens; o regime de comunhão parcial de bens; o regime de participação final nos aquestos e o regime de separação de bens.

## 3.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS REGIMES DE BENS

### 3.2.1 Do regime de comunhão parcial de bens

O Código Civil no artigo 1.658, diz do regime de comunhão parcial de bens: “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Sendo assim, os bens que cada cônjuge possua antes do casamento não serão considerados comuns do casal, apenas aqueles adquiridos após o casamento, ou união estável, adquiridos a título oneroso.

Venosa (2010, p. 333) diz: “Não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial”.

Confirmando o suprimento dado pela lei quando o casal não escolhe expressamente por meio do pacto antenupcial o regime de bens ao qual deseja ficar submetido, ou mesmo no caso da união estável que se forma muitas vezes espontaneamente e com isso não é possível escolher expressamente o regime de bens.

Possíveis despesas com os bens particulares não poderão afetar os bens que sejam comuns ao casal e vice e versa. Os bens comuns são de responsabilidades de ambos os cônjuges.

Os bens recebidos por um dos cônjuges através de doação, herança ou legado não será considerado comum do casal, no caso deste regime, assim como os débitos e deveres que um deles tenha antes da união também não será partilhado entre o casal. Possíveis pensões, geralmente deixada para algum dependente, não são partilhados entre o casal.

Diz o Código Civil no artigo 1.659:

Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Então tudo que seja decorrente de algo anterior à união do casal não será comum a eles, seja bens móveis ou imóveis; apenas aquilo que seja conquistado depois da união, e que não seja decorrente de direitos particulares, como no exemplo da herança, é que pode ser comum ao casal.

### **3.2.2 Do regime de comunhão universal de bens**

Continuando com o Código Civil o artigo 1.667 diz que: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Porém, o próprio CC diz no artigo 1.668 os bens que não entram no regime de comunhão universal:

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; e
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Sem contar com as exceções expostas neste artigo, alguns bens que estão excluídos produzem frutos e estes podem sim fazer parte do patrimônio comum do casal.

Dessa forma diz Fiuza (2010, p. 981): “Os frutos dos bens incomunicáveis pertencerão ao patrimônio comum, desde que colhidos na constância do casamento”.

Mesmo que tenha condição para que os frutos dos bens que não entram na comunhão de bens possam ser comuns ao casal, ainda sim é uma forma de usufruir deles indiretamente.

Tudo o que pertencia a cada um dos cônjuges antes de se unirem e também tudo que pertencem a eles depois da união é comum entre eles, e sendo assim,



ambos tem controle de todos os bens e direitos sobre todos eles, desde que não estejam excluídos por força do artigo 1.668 do CC.

### **3.2.3 Do regime de participação final nos aquestos**

O Código Civil trata de mais um tipo de regime no artigo 1.672:

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

Nesse tipo de regime as regras são uma mistura entre o regime de comunhão parcial de bens e o de separação de bens, ou seja, contam-se apenas bens adquiridos na constância da união, porém com algumas particularidades.

Os bens de um dos cônjuges antes da união não são comuns entre eles, assim como direitos particulares deles como herança ou doações, e possíveis dívidas desses bens.

O Código Civil diz no seu artigo 1.673: “Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento”.

Ao contrário do que acontece com a comunhão parcial de bens, onde é considerado bens comuns do casal aqueles adquiridos pelos cônjuges, mesmo que por apenas um deles, no regime de participação final dos aquestos, os bens considerados comuns entre o casal são aqueles adquiridos após a união e que tenha sido por esforço comum de ambos.

É uma novidade do código de 2002 e substitui o regime “dotal”, nesse regime, os bens tidos depois da união, comprovada o esforço comum, são comuns ao casal, porém cada um administra seus bens como se fossem bens particulares individualmente.

Comunga desse entendimento Nader (2013, p.432):

O levantamento contábil dos aquestos se faz na oportunidade da dissolução do casamento, a união estável ou homoafetiva, visando à partilha dos quinhões. Os bens adquiridos na constância do vínculo e a título oneroso são partilhados com a extinção da sociedade conjugal ou união.

Apenas no fim da sociedade conjugal, por separação, é que se contam os bens como sendo comuns do casal, para a partilha ser igual entre eles, ou no caso de morte, para que o cônjuge ou companheiro sobrevivente receba meação dos bens comuns, desde que, como já dito, seja comprovado que o bem adquirido foi por esforço comum.

Esse regime faz com que os bens sejam administrados da forma como bem entenderem seus proprietários, não há necessidade de um cônjuge ou companheiros autorizar qualquer tipo de transação que venha a ser feita com os bens, porém, posteriormente, observados os casos de fim da união, é que serão contados os bens de cada parte e de ambos conjuntamente.

### **3.2.4 Do regime de separação de bens**

O regime de separação de bens é o mais simples no direito brasileiro, tanto que se expõe em apenas dois artigos, não sendo muito utilizado, porém, tem grande destaque pelo fato de ser obrigatório para algumas uniões e em específico para os maiores de 70 (setenta) anos.

Fiuza (2010, p. 981) fala que: “O regime de separação de bens poderá ser convencional (também chamada de total ou absoluta), quando objeto de livre deliberação entre os nubentes. Poderá, ainda, a separação ser legal ou necessária, quando imposta por lei”.

O autor acima citado relata a possibilidade de o casal escolher o regime de separação de bens para administrar os bens do casal durante a relação, porém o seu maior destaque está em sua obrigatoriedade trazida pela lei em certos casos.

Código Civil de 2002 diz do regime no artigo 1.687: “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

Este primeiro artigo citado fala que os bens não serão considerados comuns, ou seja, de nenhuma forma ocorrerá comunhão de bens entre o casal, eles não poderão ter nenhuma influência nos bens um do outro em nenhum momento da união, nem na sua constância nem no seu fim, posteriormente.

Neste caso nenhum dos dois cônjuges pode interferir nas decisões do outro quando se tratar de administrar seus bens particulares, mesmo que adquirido após a união do casal.

Diniz (2010, p. 191) diz que: “Assim, esse regime em nada influi na esfera pecuniária dos consortes. Não há proibição de gravar de ônus real ou alienar bens, inclusive imóveis, sem o assentimento do outro cônjuge”.

A autora confirma a total separação dos bens do casal, mesmo os que sejam adquiridos na constância da união, e a liberdade dos seus proprietários para fazer o que bem entender com os seus bens.

No artigo 1.688, também do Código Civil de 2002: “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”.

Como se observa neste segundo artigo citado que, apesar da total separação entre os bens do casal eles devem arcar com as despesas da casa de forma conjunta, isso inclui alimentação, moradia conjunta, educação dos filhos e tudo que esteja relacionado a casa do casal como um todo.

Este entendimento vem do que diz Nader (2013, p. 438):

Embora a separação dos patrimônios, os deveres conjugais em nada são afetados. Destarte, neste regime, como em qualquer outro, são devidos: a) mútua fidelidade; b) vida em comum, no domicílio conjugal; c) mútua assistência; d) sustento guarda e educação dos filhos; e) respeito e consideração mútuos.

Confirmando a ideia de divisão de despesas do casal, mesmo que não ocorra uma junção dos bens particulares, o autor enumera os devidos deveres que ambos devem assumir.

Visto por meio de uma regra geral, tudo aquilo que era de cada cônjuge antes da união continua sendo deles, assim como tudo que seja adquirido por cada cônjuge após a união, também continua sendo deles de modo particular.

Venosa (2010, p. 347) diz:

Esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento. De qualquer modo, afora o regime dotal, letra morta em nosso ordenamento no passado, não é muito utilizado entre nós.

O autor considera que tal regime de bens não condiz com a ideia de junção completa de vida trazida pela união entre duas pessoas e também confirma o sentido tido anteriormente sobre a pouca utilização deste regime, a não ser pela sua forma obrigatória.

### 3.3 APLICAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Por fim, e não menos importante, chegamos na questão de estudo do nosso trabalho, o Código Civil trata do regime de separação de bens, onde muitos classificam como, convencional, legal ou obrigatória.

O regime é considerado obrigatório porque o Código Civil diz no artigo 1.641:

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Esse tipo de regime merece destaque para o nosso estudo quanto a sua característica de obrigatoriedade, tido pelo artigo citado acima. Obrigatório, pois assim a lei o determina através do Código Civil de 2002, e muitos autores defendem a sua obrigatoriedade tendo por base a garantia da ordem pública.

Dessa forma diz Carvalho (2009, p. 137):

Independente do pacto antenupcial, a lei determina, obrigatoriamente, o regime de separação de bens, por razões de ordem pública ou por sanção, excepcionando o princípio da autonomia de vontade, das pessoas que o celebram[...]

O autor mostra a ideia de ordem pública a ser defendida para que se justifique a imposição legal trazida no CC, porém ainda assim alguns autores reconhecem a possibilidade de inconstitucionalidade de tal norma, assunto a ser tratado de melhor forma no próximo capítulo.

Sendo assim, o nosso Código Civil obriga as pessoas, que estejam enquadradas nos casos citados, a se casarem com o regime de separação de bens, em especial para o nosso trabalho, se mostra a obrigação do regime de separação de bens para aqueles que são maiores de 70 (setenta) anos que desejarem contrair casamento.

Da mesma forma é entendido para a ocorrência da união estável entre pessoas maiores de 70 anos, visto que a Constituição trata este instituto como uma entidade familiar assim como o casamento.

Monteiro (2010, p. 69) diz:

Não faria qualquer sentido a lei tratar diversamente a pessoa que se casa com causa suspensiva ou com mais de sessenta anos, submetendo-a obrigatoriamente ao regime de separação de bens, e aquela que passa a viver em união estável, nas mesmas circunstâncias, já que a finalidade protetiva da lei é a mesma para ambos os casos.

A classificação de entidade familiar aplicada no caso da união estável tem sua confirmação com o que diz o autor acima citado, desta forma ocorre o mesmo tratamento de imposição legal em ambos os casos, tanto no casamento como na união estável.

É uma imposição trazida pelo Código Civil, que é, por sinal, uma lei infraconstitucional. Esta obrigatoriedade da lei é um obstáculo para o cumprimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais defendidos, que são a autonomia da vontade, inviolabilidade à intimidade e da vida privada, entre outros.

O artigo 1.687 do Código Civil mostra que o casal permanece de forma singular na administração de seus bens, sendo assim, durante a união cada um controla os seus bens individualmente.

Portanto, o casal administra seus bens da mesma forma que o fazia antes do casamento, não tendo que prestar esclarecimentos um ao outro para uma possível venda de um imóvel, por exemplo.

Rodrigues (2002, p. 216) já dizia:

Já o novo Código Civil, em sentido exatamente diverso, permite expressamente a alienação ou imposição de ônus real pelo titular do patrimônio, inclusive imobiliário, independentemente da autorização do respectivo cônjuge (arts. 1.687 e 1.647, *caput*)

Do mesmo modo se tem na união estável, pois os bens adquiridos antes ou depois da união do casal continuam sendo particularmente de cada um deles. Isto se dá ao fato de que a imposição do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos também se aplica àqueles que fazem parte de uma união estável, como fora citado logo mais acima.

O artigo 1.688 do Código Civil trata de esclarecer que o casal tem a obrigação de sustento da casa de forma conjunta na proporção de suas possibilidades. Mesmo assim, cada um continua na administração de seus bens, porém desde que se responsabilizem com as despesas necessárias para a conservação da casa e cuidado com os filhos do casal.

A escolha do regime, no caso de separação legal de bens, tem importância maior quando do fim da união seja por separação, divórcio ou morte de uma das partes.

E é por esse mesmo fato, aquisição da herança, que a lei impõe este regime de bens para aqueles maiores de 70 anos, pois só assim nenhum dos dois terá direitos sobre os bens do outro em possível fim da sociedade conjugal, seja no casamento, seja na união estável.

Diante da imposição que está explícita no texto da lei do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o regime de separação de bens na súmula 377 da seguinte forma: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O entendimento do STF dá um suporte para aqueles que mesmo no regime de separação legal de bens tenham adquirido bens, após a união entre eles, a súmula traz uma amenização para a imposição que consta na lei, tranquilizando aqueles que não tiveram direito de escolha.

A esse respeito o entendimento de Tartuce (2013, p. 1.113):

A súmula – de abril de 1964 -, enuncia que ‘No regime de separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento’. Assim, no regime de separação obrigatória haveria algo próximo de uma comunhão parcial, comunicando-se os bens havidos durante a união, pelo esforço patrimonial dos cônjuges.

O autor citado considera que os bens adquiridos na constância do casamento que fala na súmula 377 devem ser adquiridos pelo esforço comum do casal, e só assim pode ser considerado comum entre eles, para que posteriormente em caso de dissolução do casamento estes bens sejam partilhados ou herdados, dependendo de cada caso.

Porém em nenhum momento há uma especificidade no texto da súmula sobre a forma de aquisição dos bens, se é pelo esforço comum do casal, como considera Tartuce, ou por apenas um deles.

Farias e Rosenvald (2013, p. 401) dizem: “A nosso viso, 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”.

O entendimento acima citado é de que a súmula tem como finalidade dar conforto e tranquilidade para aqueles que foram obrigados a casarem pelo regime de separação de bens. Seria como uma forma de diminuir as consequências da imposição legal trazida pelo Código Civil.

Na verdade, esta é mais uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana, pois o reconhecimento desse direito de partilha dos bens ao casal é uma garantia para que ele possa ter uma vida digna, em decorrência do fim da união, posto que por tempos construiu uma vida ao lado de outra pessoa e agora tudo que foi adquirido para a convivência do casal, não pode ser perdido por completo.

## **4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS**

Princípios constitucionais de proteção daqueles que compõem o casamento e a união estável, são fundamentais para a construção da sociedade, e é a partir deles que se deve realizar o controle de normas que afrontam tais princípios e assim buscar a justiça para aqueles que dela fazem parte.

### **4.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana está elencado na Constituição Federal em seu artigo 1º inciso III. Assegura os direitos da família como um todo, e ainda dá amparo para crianças, jovens e ao idoso.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

Como se mostra logo em seu primeiro artigo, a Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como fundamento para a formação do Estado e a partir dele gera consequências tanto nos demais artigos da Lei Fundamental, como em outras normas que estão abaixo dela.

O princípio da dignidade da pessoa humana não poderia ficar de fora da formação das normas de Direito de Família, pois ele é o fator de decisão para a garantia de uma construção social forte, já que a base da sociedade é a família.

Diz o caput do artigo da Constituição: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim sendo, por meio deste artigo, a Lei Maior deixa clara a grande proteção aplicada à família, posto que seja ela a base da nossa sociedade, confirmando o que foi falado agora acima, assim como foi dito por Monteiro (2010, p. 19), no conceito de família, no primeiro capítulo desta obra.



Sendo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana fruto da Constituição Federal, resta para as normas inferiores a observância deste princípio. No caso do Código Civil, este em específico, deve seguir o que diz o princípio constitucional pois é ele que trata da família como um todo.

Farias e Rosenvald (2013, p. 80) ponderam que:

Com isso a tônica que passa a permear o Direito das Famílias é a prevalência de valores mais humanitários e sociais. É mister, por isso, perceber a necessidade de revisitar, reler, os princípios gerais do Direito Civil, a partir das prescrições valorativas constitucionais, evitando incompatibilidades no sistema jurídico.

Não só o Direito Civil, como todos os outros ramos do direito devem obedecer aos princípios elencados na Lei Fundamental, porém em especial ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser obedecido pelo Código Civil.

O artigo 226 da CF/88 elenca alguns dos corolários do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, juntamente com o princípio da Igualdade Jurídica, como reconhecimento da família monoparental, o reconhecimento da união estável, o direito a uma família digna com assistência para cada um que dela faça parte, etc. Porém não se pode ficar restrito ao que está descrito na lei, deve-se ampliar a aplicação da mesma.

Monteiro (2010, p. 33) assevera que:

A proteção da dignidade da pessoa humana tem como finalidade propiciar tutela integral à pessoa, de modo que não pode permanecer em departamentos estanques do direito público e do direito privado. Assim o Código Civil de 2002, privilegia a dignidade da pessoa humana, diante da proteção oferecida à sua personalidade.

Desta forma, as normas brasileiras não se restringem ao que está descrito na lei, mas sim, amplia o conhecimento para proporcionar maior proteção à pessoa, posto que o bem maior a ser defendido neste caso é a sua dignidade.

A proteção da pessoa e do mínimo que é necessário para que ela possa sobreviver em especial à sua família, pois dela ocorre a formação do seu caráter, em especial para as crianças, e para a formação de uma sociedade digna.

Carvalho (2009, p. 14) traz que:

“O princípio da dignidade humana confere destaque especial, no Direito de Família, à integral proteção e garantia de pleno desenvolvimento à criança e adolescente, e no amparo, participação e bem-estar dos idosos, assegurados pela família, sociedade e Estado (arts. 227 e 230, CF)”.

Carvalho mostra, na citação acima, a abrangência a todos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e nele não poderia ficar de fora o cuidado com a pessoa do idoso, posto que é merecedor de muito respeito.

O tratamento do idoso está especificado na Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que fala do Estatuto do Idoso. Proveniente do tratamento que foi dado a eles na Constituição Federal, no artigo 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Deve ficar claro que os direitos defendidos devem ser aplicados a todos, apesar do reconhecimento maior que o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra, na Constituição, para crianças, jovens e idosos.

Nader (2013, p. 21) diz que: “O princípio reconhece a insuficiência da justiça comutativa, que se instaura em uma relação de troca, e impõe a substancial, que dá a cada um o que lhe é devido pela simples condição de pessoa natural. E isto implica a garantia das condições mínimas de sobrevivência”.

O autor acima citado deixa claro que apesar das vantagens tidas pelas crianças e idosos na Lei Maior, todos são merecedores de todos os direitos, pelo simples fato de ser um ser humano.

Em especial a pessoa do idoso, por ser também objeto de estudo, o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra com maior força, tanto que o Estatuto do Idoso, como já citado acima, traz vários artigos que garante a dignidade dos idosos.

No artigo 2º do Estatuto diz:

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

Observe, que o artigo citado acima, entre muitos do estatuto, especifica que os direitos assegurados aos idosos são os mesmos que devem ser garantidos a

todos, porém, em especial os idosos pela sua condição de respeito e moral em que se encontra.

Os direitos assegurados na Constituição, e que são direitos de todos, foram assim tratados para a promoção da igualdade, em face do princípio da dignidade, e em especial do afeto, que todos devem receber, pois a nossa Constituição considera o afeto o maior bem a ser defendido nas relações familiares.

Farias e Rosenvald (2013, p.83) dizem ainda que:

Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Os autores citados acima mostram os objetivos trazidos na Constituição, através dos seus princípios, que são formadores de normas Constitucionais e, principalmente, de normas infraconstitucionais.

Monteiro (2010, p. 33) ainda revela a grande necessidade da defesa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve a sua importância na família como um todo e na sociedade como consequência:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

Observa-se a preocupação com as pessoas da família, antes mesmo de se mostrar preocupado com a sociedade, pois quando se tem uma boa estrutura na família pode se verificar uma boa formação social, até porque a família é a base dela e uma sociedade bem formada é uma consequência de uma boa base.

Sendo o primeiro princípio a ser elencado na Constituição Federal, pode-se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo o maior e mais importante de todos a ponto de ser bem presente no direito de família.

Segundo Dias (2014, p. 65):

Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções.

É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

A doutrinadora afirma a presença do princípio da dignidade da pessoa humana de forma acertada no direito de Família, visto que se faz mais válido o seu sentido, pois é na família que ocorre a formação, no caso das crianças, o desenvolvimento, no caso dos jovens e o amparo e companheirismo no caso dos idosos.

#### 4.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA DA PESSOA HUMANA

A igualdade é um bem que sempre foi disputado por homens e mulheres do mundo e por muito tempo. Os direitos de igualdade são dos mais variados, igualdade de tratamento, igualdade social, igualdade de gênero, enfim igualdade entre os seres humanos.

Miranda (1974, p. 165) diz da mudança sofrida pela sociedade: “Exigências materiais impuseram à mulher teor diferente de atividade”. Confirmando a necessidade das mulheres em possuir um trabalho que gerasse renda para o sustento da família.

Coloca, assim, a mulher no patamar de igualdade com o homem, mesmo que ainda inicialmente, porém já muda o pensamento da época, que ainda é ligada ao passado.

A Constituição Federal trata do princípio da igualdade referente ao direito de família no artigo 226, § 5º, igualdade entre o marido e a mulher, e também no artigo 227 no § 6º, diz da igualdade entre os filhos.

A Lei Maior, nestes artigos citados, dá prioridade para o fim da ideia de desigualdade entre o marido e a mulher, devido aos costumes existentes na história, e também para as desigualdades existentes entre os filhos, seja adotivo, seja afetivo, etc. a história marca a nossa sociedade, deixando rastros de desigualdade mesmo nos dias de hoje.

Coulanges e Denis (1975, p. 86) dizem:

O direito grego, o direito romano e o direito hindu, oriundos destas crenças religiosas, concordam ao reputarem a mulher sempre como menor. A mulher nunca pode ter um lar para si, nunca poderá ser chefe do culto. Em Roma recebe o nome de *materfamilias*, mas perde-o quando seu marido morre. Não tendo lar que lhe pertença, nada possui que lhe dê autoridade na casa. Nunca manda; não é livre, nem senhora de si própria, *sui juris*.

A busca pela igualdade entre o homem e a mulher é a mais antiga, como se mostra na citação de Coulanges e Denis. A mulher sempre foi vista como inferior ao homem, tanto pelo seu pai como pelo marido. Não possuía palavra de ordem, muito menos direitos que lhe protegessem.

O Direito Civil, embasado pelo princípio de igualdade jurídica da pessoa humana, tem como objetivo a promoção de igualdade entre os integrantes da família como um todo, seja entre o homem e a mulher, seja entre os filhos que a compõe.

Atualmente, não deve existir desigualdade entre as pessoas, muito menos aqueles que fazem parte da família, o homem e a mulher que são casados ou companheiros possuem os mesmos direitos.

Diz a Constituição Federal no artigo 226, § 5º que: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, trazendo o reconhecimento da igualdade entre o homem e a mulher, tanto em direitos como em deveres.

Sendo assim, não existe mais a autoridade do marido sobre a mulher, ou seja, não existe mais uma hierarquia de poderes dentro da família, o homem e a mulher são chefes da família igualmente, ambos são responsáveis pelo sustento do lar e criação dos filhos.

Diniz (2010, p. 22) pontua que:

Hodiernamente, com a quebra do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterno, não há mais, diante do novel Código Civil, qualquer desigualdade de direitos e deveres do marido e da mulher ou dos companheiros, pois em seus artigos não mais existem quais quer diferenciações relativamente àqueles direitos e deveres.

Grande papel do princípio da igualdade jurídica se mostra no Código Civil, em especial para o Direito de Família, pois ele trouxe esclarecimento das obrigações e confirmação dos direitos do casal frente à família que compõem.

O princípio da igualdade aplicado ao direito de Família tende a deixar uniformes as relações que compõem esta figura que é a base da sociedade,

trazendo menos obrigações para as partes, pois agora tudo é compartilhado e o que mais se tem de concreto é o amor das partes.

A igualdade jurídica da pessoa humana está clara ao deixar em pé de igualdade homens e mulheres, seja no seio familiar, seja na sociedade como um todo. A igualdade entre crianças, jovens, adultos e idosos, com direitos e deveres iguais.

A Constituição/88 dá ênfase para a proteção à pessoa do idoso no artigo 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Em análise do que está sendo defendido no artigo acima citado, tem-se que assegurar a participação do idoso na comunidade, sendo assim, a sua participação está sendo ceifada quando se restringe a sua possibilidade de escolha para o regime de bens que deseja adotar em seu casamento.

Continuando a análise, como defender a dignidade da pessoa do idoso se ele está sendo tratado como um incapaz, posto que não está livre para escolher seu regime de bens em uma possível união que venha a contrair?

Ainda pode ser dito que, a garantia do direito à vida do idoso está sendo desrespeitada, pois, quando se retira a liberdade de escolha de um idoso pode-se dizer que esta matando-o, de uma certa forma, pois ele está sendo intitulado de inválido para realizar atos que dizem respeito apenas a sua vida, no caso da escolha do regime de bens, seria uma morte em vida, deixando a mercê do estado e da família aquele que tanto contribuiu e que agora se vê incapaz, mesmo em pleno gozo de suas ideias.

#### 4.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA (CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE)

As normas brasileiras estão dispostas em níveis hierárquicos, onde a Constituição Federal de 1988 ocupa o topo do que se chama de pirâmide normativa. Desta forma as normas que estão abaixo da Constituição Federal, devem seguir os

parâmetros da mesma. A ocorrência de hierarquia entre as normas decorre da existência de uma constituição rígida, que é o caso da Constituição Brasileira.

Moraes (2010, p.710) afirma que:

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e seu conteúdo.

O autor acima citado confirma a forma de hierarquia das normas brasileiras, onde aquelas que estão na parte superior ditam regras para aquelas que estão no nível inferior a elas, ou seja, as normas inferiores devem obediência às normas superiores.

Na ocorrência de normas inferiores estarem em desacordo com as superiores elas podem ser presumidas inválidas, sendo assim, elas não devem ser aplicadas e no seu lugar deve ser aplicado as normas superiores.

Segundo Novelino (2009, p.200):

Na classificação proposta haverá hierarquia toda vez que a *forma de elaboração* ou o *conteúdo* de uma norma forem determinados por outra. Para ser considerada válida, a norma deverá ser elaborada em conformidade com seu fundamento de validade. A *subordinação jurídica* implica a prevalência da norma superior sobre a inferior sempre que houver um conflito entre elas.

Conforme fala, na citação acima, que a forma de elaboração e o conteúdo das normas inferiores devem obedecer a aquelas superiores, só assim elas terão validade. Nesse caso, as normas inferiores que não estão de acordo com as superiores, devendo suprir aquelas.

No caso do Código Civil, trazendo uma norma em desacordo com a Constituição Federal, consideram-se aquelas normas que estão na Lei Maior, pois como dito pelo autor, elas possuem preferência em relação aquelas.

No direito brasileiro existe o controle de constitucionalidade das leis e é por meio desse controle que o Estado tenta harmonizar as normas inferiores que são contrárias àquelas superiores.

Para Bonavides (2012, p. 308):

Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

As leis brasileiras que não estão de acordo com a lei fundamental, são dignas de sofrer controle de constitucionalidade para que obedeçam as regras de rigidez que se aplica para a Carta Magna.

As leis brasileiras que passam pelo controle de constitucionalidade são aquelas que não estão de acordo com normas superiores, ou seja, possuem algum vício, como citado anteriormente por Novelino, são vícios na forma de elaboração ou no conteúdo.

As normas que estão com vícios em sua forma de elaboração passam pelo controle de constitucionalidade formal e aqueles em que possuem vícios em seu conteúdo passam por controle de constitucionalidade material.

Moraes (2010, p. 714) nos fala que:

Assim, enquanto o *controle preventivo* pretende impedir que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico, o *controle repressivo* busca dela expurgar a norma editada em desrespeito à Constituição. Tradicionalmente e em regra, no direito constitucional pátrio, o judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retirada do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à constituição.

Como citado acima pelo autor, cabe, ao Poder Judiciário, a retirada do ordenamento jurídico, daquelas normas que são contrários à Lei Maior. Através do controle repressivo a norma em desacordo é afastada do ordenamento jurídico brasileiro.

O que se mostra, através deste trabalho monográfico, é justamente a possibilidade de retirada, das normas brasileiras, de uma regra que está em desacordo com o que defende a Constituição Federal.

O Código Civil de 2002 traz uma obrigatoriedade para a aplicação do regime de separação de bens, que é justamente o estudo do trabalho monográfico, e a partir dele, surge a questão da inconstitucionalidade desta norma que se encontra abaixo da Constituição Federal.



Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O Código Civil de 2002 é chamado de lei infraconstitucional, pois está abaixo da Constituição Federal de 1988, levando em consideração a hierarquia das normas, assim sendo, ela deve se submeter ao controle de constitucionalidade em caso de contrariedade de suas normas perante a Lei Fundamental.

Carvalho (2009, p. 138) traz que:

Esta obrigação atualmente é muito criticada na doutrina, sob o argumento de que viola os princípios constitucionais da autonomia da vontade da igualdade jurídica e o Estatuto do Idoso, pois as pessoas acima desta idade são plenamente capazes de exercer os atos da vida civil, possuindo maturidade suficiente para escolher o regime e evitar que o casamento se dê por interesse econômico, como pretende a lei proteger, não existindo razão científica para a imposição da restrição.

O autor se mostra contrário, assim como a maioria dos autores, à limitação imposta para os maiores de 70 anos. Torna-os incapazes de tomar suas próprias decisões e de analisar o que melhor se aplica para a sua própria vida.

Não se é levada em consideração o respeito que é devido para aquele que muito viveu e que muito quer viver independente de bens materiais a serem divididos. Porque considera-los vulneráveis pela idade avançada, se nessa idade o que realmente interessa é tranquilidade ao lado de quem se ama.

#### 4.4 DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DA NORMA BRASILEIRA PERANTE O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O regime de separação de bens é um tipo de regime que está presente no Código Civil, nos artigos 1.687 e 1.688. Sendo, por muitos autores, intitulado das mais diversas maneiras como convencional, legal ou obrigatória.

Para Carvalho (2009, p. 135):

Eleito pelos cônjuges, exige-se obrigatoriamente a lavratura do pacto antenupcial e, imposto pela lei, obedece as regras estabelecidas. Assim, regime de separação de bens divide-se em regime de separação convencional, que pode subdividir-se em separação absoluta ou pura e separação relativa ou limitada, e regime de separação legal.

Conforme é demonstrado na citação acima, a obrigatoriedade da aplicação do regime de separação de bens está ligado ao caso específico. Sendo assim, será convencional quando for escolhido livremente pelas partes e será obrigatório, ou legal, quando for imposto de acordo com a lei.

A obrigatoriedade do regime encontra-se exposta no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, como já citado antes, e como se tem a seguir.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Como se mostra visível no artigo, o regime de separação de bens é obrigatório para três situações específicas. O estudo se mostra preocupado com a colocação da obrigatoriedade de tal regime para aqueles maiores de 70 anos, como diz no inciso segundo do artigo acima citado.

A maioria dos autores citados se mostram contrários ao que consta na lei, não só pela imposição, mas pelo fato de ir de encontro com a Lei Fundamental, posto que diminua a capacidade daquele maior de 70 anos, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Rodrigues (2002, p. 183) defende que: “Tal restrição, ao meu ver, é atentatória a liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável”.

O autor acima citado já se mostrava revoltado ao tratamento que é dado a pessoa maior de 70 anos, que não se tem mais o direito de escolher sobre algo tão simples para sua vida.

Já não se leva em consideração a possibilidade de felicidade para aquele maior de 70 anos, que em tão avançada idade está restrito de compartilhar seus bens com aquela pessoa que escolheu para dividir sua vida a partir daquele

momento, pois o que mais deseja no momento é partilhar o amor, o companheirismo e porque não partilhar os bens materiais.

Segundo Diniz (2010, p. 193):

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, por isso, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do chamado “golpe do baú”.

A autora citada mostra a sua concordância sobre a desnecessidade da imposição do regime de separação de bens para aqueles maiores de 70 anos, posto que, a idade avançada não se mostra empecilho para tal.

A idade de 70 anos pode até ser uma vantagem em casos como este, pois há a probabilidade de maior experiência, porém a própria autora diz que o fato de possuírem tal idade, eles podem ser psicologicamente e emocionalmente vulneráveis.

Porém mesmo isso, em caso de vulnerabilidade, não os coloca em situação de incapazes, que apesar de não estar expresso no texto da lei, é o que se entende diante de tamanha restrição para os maiores de 70 anos.

Entretanto porque colocá-los numa situação de constrangimento em pleno auge da terceira idade, fazendo com que eles tenham que obedecer a restrições pessoais, posto que mesmo que emocionalmente vulneráveis não estão inconscientes e muito menos incapazes da prática de tal ato.

Chaves e Rosenvald (2013, p. 340) dizem que:

Acresça-se, por igual, que a norma se põe em rota de colisão com o movimento de intervenção mínima do Estado nas relações de família (também apelidado de Direito de Família mínimo), afrontando a autonomia privada.

Os autores falam da necessidade de as famílias seguirem normalmente seu sentido e desta forma o Estado deve intervir minimamente possível. As famílias devem percorrer seus caminhos e com isso devem realizar suas próprias escolhas,

dessa forma, a escolha do regime de bens a ser adotado para a união deve ser uma das primeiras a serem feitas pelo casal.

Nader (2013, p. 381) fala que:

Na visão do legislador, a partir de certa idade a pessoa se tornaria suscetível de sofrer o que, na boa gíria, costuma se designar por 'golpe do baú'. A fim de proteger os interesses da prole, o legislador impõe a separação, impedindo destarte a comunhão dos bens existentes anteriormente ao casamento. Um outra razão seria quanto a expectativa de vida que, não sendo grande, não justificava um regime que instaurasse comunhão de bens anteriormente existentes.

A citação acima explanada traz as possíveis justificativas para a imposição do regime de separação de bens para as pessoas maiores de 70 anos.

No caso do possível "golpe do baú", seria uma exceção ao caso, posto que, para sofrer tal golpe a pessoa maior de 70 anos deve ser possuidor de bens, porém existe o caso de o idoso não seja quem realmente possua bens, pode ser o outro de menor idade, ou mesmo nenhum dos dois, porém a lei generaliza.

No caso da proteção da prole não seria grande justificativa visto que cada um possui sua parte numa possível divisão em caso de morte daquele maior de 70 anos e o que poderia acontecer seria uma diminuição desta parte que lhes pertence, porém deve ser analisada a questão daquela pessoa que esteve ao lado daquele maior de 70 anos trazendo-lhe felicidade já no fim de sua vida.

A última justificativa exposta pelo autor na citação seria a possibilidade de morte próxima para aquele maior de 70 anos visto que tal idade já seria o bastante avançada, porém de nada serviria possuir bens e não poder compartilhá-los com aquele que se ama, mesmo que esteja vulnerável o que realmente interessa naquele momento é a felicidade.

A Constituição Federal defende a liberdade de cada indivíduo e preza pela defesa dos direitos dos homens, sendo assim, a Constituição tem como objetivo: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Portanto, o Código Civil se mostra contrário, como já dito anteriormente, ao que defende a Constituição e que se mostra bem visível na citação acima trazida na Constituição Federal, ou seja, não se deve trazer preconceitos por questão de idade.

Deve ser considerado que, a união de duas pessoas já constitui uma família, como visto no primeiro capítulo, independente da idade que essas pessoas possuam. Então aquele maior de 70 anos pode querer deixar muito bem amparada de bens materiais aquela pessoa que esteve ao seu lado pelos últimos momentos de sua vida.

Farias e Rosenvald (2013, p. 341) asseveram que:

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

Os doutrinadores, portanto, se mostram contrários à imposição trazida pelo Código Civil, posto que reconhecem a qualidade de incapazes, mesmo que de forma parcial, que é atribuída por força da lei para aqueles maiores de 70 anos.

Porque pensar em dividir bens se o interesse maior é somar, a soma do amor, da parceria e porque não do dinheiro, pois, quando se ama, independente da idade, todos pensam na união e não na separação.

Para Rodrigues (2002, p. 183):

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime de comunhão universal, se assim lhes aprouver.

O jurista, como citado acima, considera que seria uma grande vantagem, para o maior de 70 anos, a sua riqueza, posto que seria uma forma de chamar a atenção dos mais jovens.

Socialmente não seria tão estranho, numa sociedade que já aceita, em parte, o casamento homoafetivo, seria comum um casamento, ou união estável, entre pessoas de idades tão distantes.

O dinheiro pode ser um atrativo, porém o maior de 70 anos seria capaz de perceber se realmente é amado, ou se está sendo apenas usado, por causa do dinheiro.

Até porque, o idoso não seria um incapaz apenas pela idade, se assim o fosse, não responderia civilmente por conta própria e conseqüentemente não se casaria sem a assistência ou representação.

A Constituição deixa clara a necessidade de aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica no direito de família, isso inclui a igualdade para aqueles que estão apenas colhendo os frutos de uma vida de trabalho árduo e longo.

Todas as famílias devem ser preservadas, assim como os direitos e deveres delas proveniente, e assim sendo, o idoso deve ser visto como um ser humano, que apenas deseja construir um novo futuro ao lado de quem está sendo seu companheiro.

A Constituição se mostra disposta a mudança de normas que violem seus preceitos, em especial para os que violam seus princípios, e o controle de constitucionalidade deve ser feito, para a defesa das pessoas que merecem respeito e dignidade acima de qualquer bem material que deva ser preservado.

## 5 CONCLUSÃO

A família se mostra o centro da sociedade, pois é ela a sua base. A grandiosidade da família não era vista da forma que se tem hoje, pois no passado ela significava apenas a forma de perpetuar o legado deixado pelos antepassados e que deveria ser respeitado e cultuado.

No passado não era o afeto o fundamento da sua existência, mas sim os costumes, o desenvolvimento social, o culto aos deuses e ao legado deixado pelos anciões para que seguisse com o tempo.

A família era ordenada por hierarquia, sendo assim o homem era quem controlava tudo, assim como também, na sua ausência, o filho mais velho era quem passava a ter o controle da casa.

A Constituição Federal de 1988 traz grande proteção para a família, e principalmente para as pessoas que dela fazem parte, garantindo direitos e deveres para a construção dela.

O companheirismo, o amor e o afeto devem pesar quando se tem a formação de uma família e a Lei Maior tem os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica da pessoa humana como fundamento para a garantia a formação da mesma.

Estes ideais são diferentes daqueles que eram considerados necessários para a formação familiar, pois com o desenvolvimento da sociedade como um todo o constituinte reconheceu a necessidade do bem estar dos seres humanos que dela fazem parte.

O casamento é uma forma de confirmar a existência de uma família. Antigamente era apenas por meio do casamento que se existia uma família. Assim como também era apenas pelo casamento religioso que se realizava o casamento.

Porém, apesar da realização do casamento ser obrigatório para que se constituísse uma família, existiam muitas famílias sendo constituídas por outros meios, e daí surge a figura do concubinato.

O concubinato é a figura que hoje é conhecida como união estável, que é perfeitamente regulada no Código Civil de 2002. Pois, assim como o casamento, a união estável é uma forma de se constituir uma família.

Com o casamento ocorre a comunhão de vida do casal, e isto leva em conta não só o convívio em comum, como também a partilha dos bens, dos deveres e do afeto, tanto um com o outro, quanto com os possíveis filhos proveniente desta relação.

Entretanto nem sempre foi assim, tanto que, antigamente a mulher ao se casar teria que ser dado ao marido um dote por parte da família dela, e o mesmo era administrado exclusivamente por ele.

O casamento, e também na união estável, envolvendo a comunhão de bens, como foi dito, e o Código Civil trata, em seus artigos, do regime de bens que deve ser imposto para algumas situações especiais.

As situações onde é obrigatório o regime de separação legal de bens está expresso no artigo 1.641 do CC/02 que são, o casamento de pessoas que casam com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; dos maiores de 70 anos; e de todos que dependam de suprimento judicial para casar.

O regime de separação legal de bens para os maiores de 70 anos, que desejam se unir para constituir uma família, não é uma norma que condiz com os princípios defendidos pela lei fundamental.

Princípios com a dignidade da pessoa humana, a autonomia, da igualdade jurídica da pessoa humana, todos princípios constitucionais que estão sendo contrariados juntamente por apenas uma única norma, lembrando ser uma norma infraconstitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia para a formação da sociedade, pois visa à proteção do ser humano, da sua vida, dando garantia não só a vida mais também a uma vida digna, saudável e feliz.

É a partir deste princípio que se pode garantir uma vida digna para crianças, adolescentes e idosos, pois é assim que está previsto na Constituição Federal de 1988 e é assim que sempre deveria ter sido considerado.

A pessoa do idoso é o maior interesse no trabalho, pois é para ele, dentre outros, que está prevista a imposição prevista na norma do Código Civil, e é sua dignidade que está sendo violada diante de tal norma.

O princípio da igualdade jurídica da pessoa humana tem com função desfazer a ideia que até hoje é tida de hierarquia entre homem e mulher dentro do lar, assim como também de garantir igualdade entre os filhos.



Na Constituição, no artigo 230, ocorre a expressa previsão de defesa da dignidade e da igualdade do idoso, garantindo direitos que são inerentes a todos e que não devem ser ignorados apenas pela idade avançada.

Necessário se faz o controle destas normas, ou ainda a sua exclusão, devido à inconstitucionalidade presente, e que se faz por meio do controle de constitucionalidade.

As normas brasileiras devem obedecer uma hierarquia, onde no topo encontra-se a Constituição Federal e abaixo dela as demais leis. Sendo assim, as normas contrárias à Lei Maior devem ser revistas e reconsideradas, para que fiquem de acordo com a Lei Principal.

Visivelmente contrária aos princípios constitucionais, a norma que impõe o regime de separação legal de bens para os maiores de 70 anos deve ser reconsiderada, pois a mesma trata os idosos como incapazes.

A experiência de vida, a ideia de liberdade trazida por uma possível aposentadoria traz vigor para a vida de um idoso e não deve ser uma norma infraconstitucional que deve violar o direito do idoso de se casar da forma que bem entender.

Cada um deve ser dono de sua vida e passar a conviver com as consequências de suas escolhas, e com isso o Estado não deve intervir e ditar o caminho e as escolhas que o idoso deve tomar.

A verdadeira família é aquela com a presença de amor, companheirismo, afeto e que traga dignidade e igualdade para os que dela fazem parte, construindo uma sociedade cada dia mais justa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei No 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 10 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 6.515/77. **Lei do Divórcio**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 10 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 10.741/03. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 10 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. SÚMULA Nº 380, de 03 de abril de 1964. **STF**. Disponível em:<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/STF/380.htm>>. Acesso em 08 Nov. 2014.

\_\_\_\_\_. SÚMULA Nº377, de 03 de abril de 1964. **STF**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 02 Nov. 2014.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família: Direito Civil**, Dimas Messias de Carvalho. 2º ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. – 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

COULANGES, Fustel de, DENIS, Numa. **A cidade antiga: estudos sobre o oculto, o direito sobre as instituições da Grécia e da Roma**: tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo, HEMUS, 1975.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. ver., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família / Maria Helena Diniz. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**, v. 6. 5. ed. rev., atual. e ampl. Bahia: Editora JusPodivm, 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo** 14. ed. revista, atualizada e ampliada, - Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte especial**. Direito de personalidade. Direito de família: Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento), 4º ed. Editora Revista Dos Tribunais – São Paulo, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington. Curso de direito civil: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, v. 5. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Editora Método, 2013.

VENOSA, Silvio de Sávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

VIEIRA, Euclides. **Família e Sucessões**. 2011. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/Usuario/Documents/UNI%C3%83O%20EST%C3%81VEL%20%E2%80%93%20IDOSOS%20%E2%80%93%20REGIME%20DA%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20OBRIGAT%C3%93RIA%20DE%20BENS,%20TEMPERADO%20PELA%20S%C3%9AMULA%20STF%20377..html> Acesso em: 10 jan. 2015