

**CURSO DE DIREITO**

Alessandro Tatsch

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 À  
LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Santa Cruz do Sul  
2015

Alessandro Tatsch

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 À  
LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Pós Dra. Fabiana Marion Spengler  
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Alessandro Tatsch adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 19 de outubro de 2015.

Prof. Pós Dra. Fabiana Marion Spengler  
Orientadora

## RESUMO

A presente monografia tem como título a inconstitucionalidade do Art. 1.641, II do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 88. Tal assunto foi abordado com o objetivo de responder o problema da pesquisa, qual seja, por que o Código Civil de 2002 veda a liberdade de escolha dos idosos quando a Constituição Federal de 88 nos diz que somos livres e iguais perante a lei? Para tanto, buscou-se demonstrar que a redação do Art. 1.641, especialmente o inciso II, do Código Civil é inconstitucional a partir do momento em que veda a escolha do regime de bens levando em consideração a idade do(s) nubente(s), contrariando assim o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, presentes na Constituição Federal de 88. Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método da pesquisa bibliográfica, em que se buscou a coleta e levantamento de dados em acervos e, assim, sendo organizadas as informações levantadas em fichamentos, resumos, resenhas e catalogação. Em seguida, com base nos dados obtidos, buscou-se o estudo das informações, sendo construídas novas análises mediante os recursos analíticos e hermenêuticos. Ao fim do presente trabalho, observou-se que a doutrina de forma majoritária compreende que o referido inciso do Art. 1.641, de fato, é inconstitucional, pois é inconcebível que se faça essa diferenciação aos septuagenários, vedando seus direitos constitucionais, ante o direito à liberdade de escolha e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** direito de família; regime de bens; direito constitucional; inconstitucionalidade.

## ABSTRACT

This monograph is titled the unconstitutionality of Art. 1641 of the Civil Code II 2002 in the light of the Constitution of 88. This issue has been addressed in order to answer the research problem, which is why the Civil Code 2002 prohibits the freedom of choice of the elderly when the Federal Constitution 88 tells us that we are free and equal before the law? To this end, it sought to demonstrate that the wording of Art. 1641, especially the section II of the Civil Code is unconstitutional from the moment that it excludes the choice of property regime taking into account the age (s) betrothed (s), thus contradicting the principle of freedom and human dignity, present in the Constitution of 88. To develop this study we used the method of literature, in which it sought the collection and survey data collections and thus, and organized the information gathered in fichamentos, abstracts, reviews and cataloging. Then, based on the data obtained, we sought to study the information, being built new analysis by the analytical and hermeneutic resources. At the end of this it worked, it was observed that the doctrine of majority form understands that the said clause of Art. 1641, in fact, is unconstitutional because it is inconceivable that make this differentiation to septuagenarian, sealing their constitutional rights, against the right freedom of choice and the principle of human dignity.

**Keywords:** family law; property regime; constitutional right; unconstitutional.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>06</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITO DE FAMÍLIA</b> .....	<b>08</b>
2.1	Aspectos Históricos do Direito de Família .....	11
2.1.1	Os tipos de Família .....	14
2.2	Natureza Jurídica do Direito de Família .....	17
2.2.1	A Família nas Constituições e nos Códigos .....	20
<b>3</b>	<b>REGIME DE BENS</b> .....	<b>23</b>
3.1	Características .....	26
3.1.1	Comunhão Parcial de Bens.....	27
3.1.2	Comunhão Universal de Bens.....	30
3.1.3	Participação Final nos Aquestos .....	32
3.1.4	Separação de Bens .....	35
<b>4</b>	<b>REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS EM UMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>38</b>
4.1	Princípios norteadores do Direito de Família.....	40
4.1.1	Princípio da Igualdade.....	43
4.1.2	Princípio da Liberdade.....	46
4.1.3	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	48
4.2	Da inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos.....	50
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>53</b>
<b>6</b>	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

Considerando a importância social que o instituto do casamento – e da própria união estável com o advento da Constituição Federal de 1988 – tem para a formação histórica da sociedade e da própria família brasileira, versará a presente monografia sobre o tema da inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens para as pessoas maiores de 70 anos sob a perspectiva dos princípios constitucionais, como a liberdade e dignidade da pessoa humana.

Cumprido salientar, outrossim, que o objetivo norteador deste trabalho de conclusão de curso, no qual foi utilizado o método hermenêutico crítico-reflexivo de abordagem, é caracterizar por meio de ampla pesquisa bibliográfica e compreensão do conteúdo estudado, que não é possível vislumbrar qualquer constitucionalidade do regime obrigatório de bens para os maiores de 70 anos, muito pelo contrário, fere princípios básicos do ser humano como pessoa ativa, capaz e responsável.

Para atingir este objetivo macro, serão estudados alguns aspectos históricos do Direito de Família, especificando tão logo os tipos de regime de bens que o Código Civil permite aos nubentes escolherem e as particularidades atinentes a cada um, para enfim, demonstrar que o regime do Art. 1.641, II, do Código Civil, mais especificamente, está em desconformidade com a Constituição.

E é exatamente neste contexto que se justifica a escolha pelo referido assunto, pois se buscará responder o problema de pesquisa, qual seja, em que base jurídica o Código Civil de 2002 veda o direito à escolha do regime de bens, quando a própria Constituição Federal garante o contrário? Ademais, por ser o casamento e a união estável um meio massivamente escolhido para a criação de novos laços familiares no país, imprescindível que se faça uma abordagem mais aprofundada sobre o tema.

Além disso, poderá o presente estudo servir de significativa fonte de pesquisa a todos os interessados pelo tema em questão.

Com efeito, para implementação do trabalho de natureza monográfica que ora se anuncia, estabelecer-se-á uma estruturação compreendendo a análise sistemática de um roteiro composto por três capítulos.

O primeiro capítulo tratará de apresentar o que, de fato, é “família” para a sociedade e para o Direito, partindo após ao detalhamento histórico deste instituto e sua origem no direito romano e dentro do direito canônico, influências para a nossa própria legislação e ainda tão presentes nos dias de hoje; em seguida, serão

apresentados os tipos de família que se desenham atualmente, extrapolando a lógica ora ultrapassada de que uma família seria formada apenas pelo pai, mãe e filhos. A família dentro das constituições e nos códigos é aspecto que encerra esta parte do trabalho.

Já o segundo capítulo destina-se especificamente em apresentar as características gerais de todos os regimes de bens que o Código Civil de 2002 apresenta àqueles que desejam se casar ou conviver em união estável. Bem como, será detalhado cada um dos regimes possíveis, apresentando tão logo suas características e as situações em que não haverá comunicação dos bens dos consortes.

O terceiro capítulo, por sua vez, foi organizado para apresentar o regime de separação obrigatória de bens, explicando-o e apresentando desde já um debate principiológico deste regime pela perspectiva tanto do Código Civil como da própria Constituição Federal de 88. Pelos princípios da carta Magna, os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana servirão de base para a construção do conhecimento para que, ao fim, se faça a verificação de que o Art. 1.641, II do Código Civil de 2002 de fato é inconstitucional.

## 2 CONCEITO DE FAMÍLIA

Apresentar um conceito de família não é algo de simples efetivação tendo em vista que a família, no decorrer dos tempos, veio sofrendo fortes influências externas e, como tal, acaba se redesenhando dentro do momento em que se encontra. Apesar disto, Dias (2011, p. 27), fazendo menção a Hironaka (1999), coloca aquilo que entende como sendo o fato gerador da origem da família, qual seja

vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à solidão. Tanto é assim que se considera natural a ideia de que a felicidade só pode ser encontrada a dois, como se existisse um setor da felicidade ao qual o sujeito sozinho não tem acesso. Como diz Giselda Hironaka, não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

O psicanalista Lacan (1985, p. 13), da mesma forma, entende que

entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna.

Logo, percebe-se que a família, antes de poder ser conceituada, é um ente de grande envolvimento psicológico, jurídico e social para as pessoas como um todo e para o desenvolvimento da própria sociedade, devendo ser foco de grande cuidado para não ser banalizada por aqueles que a estudam e pelo próprio legislador.

Venosa (2012), por sua vez, entende que o conceito de família é algo que flutua no tempo e no espaço, pois como todo fenômeno social, sua compreensão pode estar atrelada a diversas áreas do direito; apesar disto, a família no nosso Código Civil de 2002 é considerada como o grupo de pessoas unidas por uma relação conjugal ou de parentesco.

Leite (2013), em sua obra, também apresenta a complexidade desta definição, todavia, o autor não deixa de mencionar as diversas possibilidades ao apresentar maiores explicações sobre o assunto tendo em vista que, para seu

entendimento, dentre as possibilidades as famílias podem ser (com grifos originais)

**I – Num sentido amplo (lato sensu)** – Família é o conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum. É nesse sentido que é empregada pelo Art. 1.412, § 2.º, do atual CC.

**II – Num sentido mais limitado** – A família abrangeria os consanguíneos em linha reta – por exemplo, pais e filhos – e os colaterais sucessíveis, isto é, até o quarto grau (art. 1.839).

**III – Num sentido restrito (stricto sensu)** – A família se reduziria aos pais e sua prole. É o que se chama, atualmente, “família nuclear”. É nesse sentido que a palavra é empregada pelo art. 1.568.

Na mesma linha de pensamento é que se manifesta Diniz (2004) observando a dificuldade em definir o que seria a família, podendo, desde logo, ser entendida como um grupo de pessoas composto por pais e filhos – ou até mesmo outros parentes – que estão unidos pela convivência e pelo afeto, mantendo-se com a mesma economia e sob os cuidados de uma mesma pessoa.

Apesar da compreensão dominante de que conceituar a família não é algo simples, entender que ela se apresenta no convívio entre as pessoas conforme citado anteriormente pelos dignos doutrinadores não está incorreto, inclusive, conforme alude o Art. 226 da Constituição Federal de 88, ao nos dizer que a família é a base da sociedade e que deve gozar de especial proteção do Estado, deixa claro a importância que o constituinte deu para a família.

Sobre esta questão, Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 40) entendem que só por isto

já justificaria a necessidade imperiosa – e obrigação constitucional – de os governos, em suas três esferas – federal, estadual e municipal –, cuidarem de, prioritariamente, estabelecer, como metas inafastáveis (sic), sérias políticas públicas de apoio aos membros da família, especialmente a criança, o adolescente e o idoso.

A própria Constituição Federal, em seu Art. 227, apresenta a obrigatoriedade da família, da sociedade e do próprio Estado garantirem às crianças e aos adolescentes a possibilidade de desenvolvimento amplo e completo, colocando-os inclusive a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No Art. 230 da referida Carta Magna, resta definida a necessidade de proteção aos idosos, garantida desde logo a participação destes na comunidade, devendo sempre ser protegida sua dignidade e bem estar, garantindo-lhes o direito à vida.

Esta proteção, desde o Art. 226 até o Art. 230, por exemplo, refuta a importância que a família tem para a sociedade, e sob a luz da Constituição Federal de 88, o constituinte reconheceu outras formas de existência de família além do matrimônio, meio este mundialmente conhecido. Leite (2013, p. 23) coloca que

além da família constituída pelo casamento civil ou religioso (art. 226, §§ 1.º e 2.º), o constituinte de 88 reconheceu as entidades familiares como gênero maior que engloba, ainda, as espécies, uniões estáveis (art. 226, § 3.º) e as familiares monoparentais (sic) (art. 226, § 4.º, da CF/1988). Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar duas ações, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132) reconheceu a união estável de casais do mesmo sexo. De igual modo, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Corroborando a colocação do mencionado doutrinador, Gagliano, e Pamplona Filho (2013) entendem que, justamente pelo conceito de família não possuir um objeto único e fechado, o que a Constituição Federal de 88 fez foi criar uma estrutura paradigmática aberta, amparada pelo princípio da afetividade, de forma que fosse possível permitir, mesmo que implicitamente, o reconhecimento de outros arranjos familiares socialmente construídos.

Neste aspecto, Lôbo (2002) entende que

os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Por todo o exposto é que se reforça o fato de que a família não pode possuir um conceito pronto e predefinido, sendo aceitável no máximo uma explicação didática para um aprofundamento em posterior momento. Justamente por ter como base o afeto, o amor e o cuidado com aquele que se quer bem e que escolheu para dividir uma vida a dois, algo que transcende o direito positivo.

Contudo, nem sempre este foi o entendimento do que é considerado família, pois como toda e qualquer manifestação social, ela está atrelada à sociedade e sua evolução como tal.

## 2.1 Aspectos históricos do direito de família

A família como hoje a conhecemos sofreu grandes influências de grupos sociais do passado, e apesar de sua grande evolução, até hoje ela mantém características que lembram em certos aspectos o direito romano e o próprio direito canônico, por exemplo. Apesar disto, Gagliano, e Pamplona Filho (2013) entendem que na Antiguidade os grupos familiares eram formados tendo como base não a afetividade entre os membros – fator este que é o princípio da família moderna – mas sim visando à luta pela sobrevivência, independentemente de isto gerar uma relação de afeto ou não.

Sobre este aspecto, os romanos apresentavam uma estrutura singular para a família em si. Visando tal explicação, Lôbo (2009, p. 8) cita Engels ([1880?]) manifestando-se com maestria ao alertar que

Engels esclarece que a palavra família não pode ser aplicada, em princípio, nos romanos antigos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. Ainda no tempo de Caio, a família *id est patrimonium* (quer dizer, parte da herança) era transmitida testamentariamente (sic). Segundo esse autor, a expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família seria baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando no triunfo da propriedade individual sobre a compropriedade (sic) espontânea primitiva.

Este senhor paterno romano, cujo poder sobre os membros de sua família era soberano, apresentava grande influência dentro daquele grupo social. Além de ser dono dos escravos, Gonçalves (2012) explica que o *pater familias* detinha este poder sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a esposa e inclusive sobre as mulheres casadas com os seus descendentes. No direito romano, a família era um desenho amplo de uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O *pater familias* se apresentava como chefe político, sacerdote e juiz, cultuando-se desde logo os antepassados do *pater* e as religiões domésticas; até mesmo o patrimônio da família era único e administrado por este senhor.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 51) complementam tal conhecimento, ao afirmarem que

para os romanos, o casamento era um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos. Paralelo a ele, existia também a figura do *concubinatos*, que

consistia em toda união livre entre homem e mulher na qual não ocorresse a *affectio maritalis*, efeito subjetivo do casamento, que representava o desejo de viver com o parceiro para sempre. Registre-se que, nesse momento, esse antecedente histórico do instituto do concubinato não tinha conotação pejorativa moral.

A possibilidade de divórcio do matrimônio para os romanos, segundo Wald (2000), só foi possível com o passar dos tempos, pois se chegou ao entendimento de que a mesma vontade que produzira o casamento, poderia produzir também o divórcio mútuo dos nubentes. Todavia, a decadência do Império Romano aliado ao crescimento do Cristianismo aos poucos fez com que fosse diluindo esse poder absoluto exercido pelo senhor da família, contudo, nosso ordenamento jurídico brasileiro manteve a figura, mesmo que de forma simbólica, como alguém responsável por administrar os bens da família e garantir o sustento da mesma. Deste sentido que ainda restam vestígios do preconceito à mulher, colocando-a como submissa ao marido e pertinente a mesma apenas as atividades domésticas; todavia, não é estranho encontrar grupos familiares cuja tarefa de sustento do lar seja dividida entre os pais e/ou os que já trabalhem dentro daquele grupo familiar.

O Direito Canônico, por sua vez, também trouxe características significativas para o ordenamento jurídico brasileiro, características estas que se mantêm ainda hoje. Possivelmente a mais contundente seja referente ao casamento que, para os dogmas da igreja, se apresenta como algo indissolúvel. Em consonância, é a posição de Wald (2000, p. 13) ao afirmar que

na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

A família, para o direito canônico, estaria alicerçada no próprio casamento e na livre escolha entre aqueles que iriam se casar. A mulher, diferentemente da época romana, passou a assumir papel próprio dentro do desenho familiar como a responsável pelos cuidados domésticos e pela educação das crianças, cabendo às mulheres as decisões sobre a casa e os filhos.

Apesar disto, a família, nesta época, era revestida com o objetivo de puramente procriação e criação dos filhos, não sendo pautado, em nenhum momento, a felicidade daqueles. Inclusive, coube à Igreja instituir aquilo que era considerado como uma família normal, cabendo desde logo às uniões estáveis e as próprias uniões homoafetivas o caráter de impróprio e errado, justamente por

contrariarem os dogmas religiosos. Toda esta organização imposta pelo direito canônico estava pautada, principalmente e conforme ensina Venosa (2012, p. 4), ao patrimônio. Para ele

por muito tempo na história, inclusive na Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive, em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

Embora seu poder fosse forte na época e ainda apresente grande influência na sociedade atual, esse domínio começou a enfraquecer com as necessidades que começaram a surgir para a coletividade. Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 52) explicam com precisão como começou a se deteriorar a dominância canônica sobre as famílias

com a maior demanda de mão de obra e aumento da carência econômica pela pobreza disseminada, as mulheres – que outrora se limitavam ao já exaustivo labor doméstico – ingressaram maciçamente no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. Deparou-se a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo, migrando o núcleo familiar para as cidades, em busca de novas oportunidades. Com a redução do espaço das áreas de convivência e com o alto custo de vida, passou-se a repensar o tamanho da prole e a valorizar a aproximação dos seus membros e seu vínculo afetivo.

Como se observa, a necessidade das famílias fez começar a surgir uma nova possibilidade de grupo familiar, levados pela formação dos grandes centros urbanos, movimento feminista, a própria disseminação do divórcio como alternativa moralmente aceita e a inversão dos papéis dentro dos lares, elevando como primordial o respeito e a dignidade entre as pessoas em detrimento do patrimônio contribuíram de forma significativa para que as famílias, como temos hoje, pudessem existir. Pois embora mantenham características do passado, estão em constante transformação e atendendo ao bem estar das pessoas e da própria coletividade.

Em virtude disto, cabe mencionar os tipos de família que hoje existem no Brasil.

### 2.1.1 Os tipos de família

Conforme visto anteriormente, conceituar a família e o próprio desenho da família nos tempos antigos era muito diferente das formas que hoje existem na nossa sociedade. Tal pluralidade foi possível – e muito – com o advento da Constituição Federal de 88, ao ampliar, através do Art. 226 e parágrafos novas formas de relação que não apenas através do matrimônio propriamente dito.

Sobre este aspecto, as relações familiares constitucionalmente reconhecidas são o casamento, amparado pelo §1º do alusivo artigo ao confirmar que “o casamento é civil e gratuita a celebração”; as uniões estáveis, que até então eram conhecidas como concubinatos, regidos pelo §3º do Art. 226 e as próprias famílias monoparentais, presentes no §4º do mencionado artigo constitucional. Todavia, o rol ali apresentado não é de forma alguma taxativo, neste sentido explica Leite (2013, p. 33) ao entender que

a partir do reconhecimento constitucional, a realidade nacional (fática) começou a apresentar um leque, cada vez mais amplo, de possibilidades de conjugalidade, inicialmente previstas no texto constitucional. Assim, embora a grande maioria brasileira ainda recorra ao casamento, como forma de ingressar na vida em comum (e esta é uma realidade que fica confirmada pelos dados do IBGE), a dinâmica dos interesses, quer de ordem pessoal, quer de natureza econômica e, por vezes, até circunstancial, revelou a possibilidade de novas maneiras de vivenciar a conjugalidade, além do casamento.

Sobre as relações constitucionalizadas, o casamento matrimonial, como mencionado alhures, trata-se da forma mais adotada pelas pessoas que buscam uma vida a dois, Venosa (2012) o apresenta como uma forma de vínculo jurídico entre o homem e a mulher que buscam a convivência e o auxílio, bem como a integração físico-psíquica, além da criação em comum dos filhos. Diniz (2004, p. 39), por sua vez, coloca o casamento como “a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade”.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 115) se utilizam dos ensinamentos de Pereira (1956) ao entenderem que “o casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

De visão muito mais crítica com relação a forma do casamento, Dias (2011, p. 46) se manifesta sobre o excessivo número de exigências na sua concepção, levando a entender que

diante da quantidade de exigências à celebração do casamento, de pouco ou quase nada vale a vontade dos nubentes. Os direitos e deveres são impostos para vigorarem durante sua vigência e até depois de sua dissolução, pelo divórcio e até pela morte. Assim, quase se poderia chamar o casamento de verdadeiro contrato de adesão. O alcance da expressão “sim” significa a concordância de ambos os nubentes com o que o Estado estabelece, de forma rígida, como deveres dos cônjuges. Cláusulas, condições, regras e até algumas posturas são prévia e unilateralmente estabelecidas por lei. Para casar, basta a mera manifestação da vontade dos noivos que, no máximo, podem, mediante pacto antenupcial, eleger o regime de bens a vigorar quando da dissolução do casamento. (grifo original)

Como forma de rever essa formalidade e atender aquilo que a própria sociedade em seu dia a dia já estava adaptando, o constituinte elevou a união estável ao *status* constitucional. Todavia, mesmo com tal reconhecimento não se pode considerá-la como forma igualitária do casamento. Madaleno (2013) entende que, de fato, a Constituição Federal de 88 resgatou a dignidade do concubinato passando a denominá-lo de união estável, todavia, deixou de resguardar tal relação do preconceito, ao mencionar no §3º do Art. 226 que a união estável pode ser convertida em casamento a qualquer tempo, como se esta fosse uma espécie de segunda categoria de entidade familiar, preferindo de forma clara o casamento.

Leite (2013, p. 33) apresenta as uniões estáveis como sendo

famílias informais que vicejavam à sombra do casamento e, pois, sem qualquer proteção legal. Impedidos de casar, os antigos desquitados (na sua maioria), ou os simplesmente companheiros que viviam como se casados fossem, eram obrigados a viver à margem da lei, por não terem sua situação vivencial reconhecida no ambiente legal. A legislação infraconstitucional que reconheceu a validade legal desta forma de conjugalidade acabou por atribuir aos companheiros quase todos os efeitos do casamento (efeitos de ordem pessoal, direito a alimentos, regime de bens e direito sucessório, entre outros).

Para Venosa (2013) na união estável existe a convivência entre as pessoas como se marido e esposa fossem, logo, se faz presente o reconhecimento desta forma de família como um fato jurídico e social que gera seus efeitos dentro da sociedade e para os próprios companheiros. Como mencionado alhures, apesar do seu reconhecimento, Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 420) criticam a diferenciação e, porque não dizer, diminuição da união estável com relação à família, ao entenderem que “uma vez reconhecida a união estável, afrontaria o próprio sistema constitucional conceber-se um tratamento privilegiado ao cônjuge em detrimento do dispensado ao companheiro”.

Como exemplo da diferenciação existente, pode-se citar o Art. 1.790 do

Código Civil de 2002, ao elencar que o(a) companheiro(a) só teria direito, dentro do direito sucessório, aos bens adquiridos de forma onerosa no decorrer da união; perspectiva esta que não se aplica de forma alguma ao marido ou à mulher na mesma circunstância.

Apesar deste fato, não pode-se deixar de mencionar, desde logo, um tipo de família que se reconheceu dentro da nossa sociedade e pelo próprio Judiciário; seja pelo casamento civil ou pela própria união estável, inúmeros doutrinadores se manifestam colocando estes dois institutos constitucionais como sendo a relação entre um homem e uma mulher, havendo a dualidade sexual. Contudo, as famílias homoafetivas hoje fazem parte e estão legalmente reconhecidas, não havendo mais sentido impor a diferença de sexos para que se considere existente uma família. Nesta seara, Dias (2011, p. 47) coloca que

necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões.

Madaleno (2013, p. 28) não deixa de fazer sua participação sobre o referido assunto, entendendo que após os tribunais terem equiparado as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis, o próximo passo da conquista foi

poder reconhecer, finalmente, que a união homoafetiva também se torna destinatária das consequências jurídicas tradicionalmente atribuídas aos parceiros heteroafetivos (sic) e tal afirmação entoa absolutamente serena diante do histórico julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 132/2008 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e da ADI 4.277/2009 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) [...] Julgamento cuja procedência foi proferida por unanimidade e que conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família.

Tais relações ora apresentadas, assim entendidas, também aplicam-se às famílias parentais. Na família monoparental, prevista na Constituição Federal de 88 no §4º do Art. 226, não existem as duas figuras paterna/materna, é uma família que pode ser formada, por exemplo, apenas por uma mãe e sua prole. Gagliano, e Pamplona Filho (2013) colocam que este tipo de família pode surgir de diversos fatores, podendo ser desde a gravidez de uma relação casual, até mesmo pela própria adoção de uma criança. Ela subsiste, também, do divórcio do casal e da viuvez de um destes.

Por último a ser citado, mas não menos importante, a família eudemonista é aquela cuja relação está pautada no amor e compreensão entre os membros; o objetivo principal desta família é o desenvolvimento das pessoas que ali convivem. Leite (2013, p. 36) reitera que a família eudemonista não precisa, necessariamente, possuir vínculos biológicos para sua existência. Já Dias (2011, p. 55), citando Pianoviski (2006) entende que

o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8.º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

Naturalmente que a legislação brasileira reconhece outros arranjos familiares, todavia, a fim de atender ao objetivo do presente trabalho, se pretendeu mencionar as famílias acima elencadas por, serem delas, a principal necessidade de escolha do regime de bens. Desta forma, buscar-se-á entender, antes de mais nada, a natureza do Direito de Família dentro de sua existência no mundo fático.

## **2.2 Natureza jurídica do direito de família**

Entender a natureza jurídica da família é algo complexo e de especial atenção. Venosa (2012, p. 8) faz especial observação neste aspecto, ao doutrinar no sentido de que

em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.

O direito de família é o menos individualista dos direitos considerando que a maioria de sua manifestação é no sentido de reger a vivência daqueles que estão sob a sua guarda, restando, desde logo, poucos momentos em que a pessoa é livre para fazer suas escolhas sob a ótica jurídica. O casamento e a união estável, por exemplo, possuem forte regramento jurídico que os regulam. Desta forma, entende Diniz (2004) que os efeitos do casamento e do companheirismo não podem estar

submetidos ao arbítrio individual por serem formas de manifestação do interesse da comunidade política e sólida organização da família, constituindo portanto a base de toda a estrutura da sociedade. Logo, entende-se que a maioria das normas do direito de família são de ordem pública.

Miranda (1947), ao ser citado por Gonçalves (2012, p. 26), se posiciona no sentido de que “a grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de normas cogentes. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa margem à autonomia da vontade”. O ordenamento jurídico buscou, desta forma, estabelecer um regime de certeza nas relações jurídicas das famílias.

Apesar da concordância entre os doutrinadores até o momento, de que o direito de família por possuir normas cogentes está abarcado no direito público, faz-se mister a citação da doutrinadora Dias (2011, p. 35), citando da mesma forma Pereira (1999), ao entender que, na verdade

imperioso, portanto, reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata de direito público. Aliás, a tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais. A esfera privada das relações conjugais inclina-se cada vez mais a repudiar a interferência do público. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado não pode mais controlar as formas de constituição das famílias... ela é mesmo plural. O fato é que as mais diversas conformações de convívio passaram a ser aceitas pela sociedade, o que revela a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade.

Esta observação contrária está embasada naquilo que Tepedino (1999) entendeu da necessidade de que as relações familiares devem estar submetidas aos princípios constitucionais, desta forma, a família não pode ser valorada como se fosse uma instituição da sociedade.

Entendimento contrário, Venosa (2012, p. 8) apresenta que a doutrina majoritária coloca a família como se fosse uma instituição. Todavia, o próprio autor reconhece que isto é algo vago e impreciso; para o grande doutrinador uma instituição deve possuir uma forma regular e definida de realizar uma atividade. Família, então, seria uma associação de pessoas, uma instituição visando a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos. Logo,

sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. Desse modo, como sociologicamente a família é sem dúvida uma instituição, o Direito, como ciência social, assim o conhece e a

regulamenta. Recordemos que as instituições jurídicas são um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres de determinado fenômeno ou esfera social. Não sem muita controvérsia, esse o sentido da família como instituição jurídica.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013), se manifestam no sentido de que, tendo em vista a importância que o núcleo familiar tem para a sociedade como um todo, e levando em consideração a vulnerabilidade do grupo familiar, várias das normas pertinentes ao Direito de Família são de ordem pública, interrogáveis pela simples vontade das partes. E justamente por aquilo que eles chamaram de “constitucionalização do Direito Civil”, que se faz ainda mais necessária a publicização das normas, visando desde logo atender, de forma plena, a função social da família.

Esta legitimação do direito impondo regras para as famílias através da intervenção do Estado busca garantir maiores proteções e melhorar as condições de vida das futuras gerações, motivo este pelo qual, Gonçalves (2012) entenda que existam doutrinadores que preferem colocar o direito de família como um direito *sui generis* ou “direito social”. Apesar disto, a posição do já mencionado doutrinador é de que

malgrado as peculiaridades das normas do direito de família, o seu correto lugar é mesmo junto ao direito privado, no ramo do direito civil, em razão da finalidade tutelar que lhe é inerente, ou seja, da natureza das relações jurídicas a que visa disciplinar. Destina-se, como vimos, a proteger a família, os bens que lhe são próprios, a prole e interesses afins.

No mesmo sentido é o entendimento de Rizzardo (2004) ao ser citado pelo próprio Gonçalves, ao entender que por mais que o direito de família possa ter uma íntima aproximação com o direito público,

não retira o caráter privado, pois está disciplinado num dos mais importantes setores do direito civil, e não envolve diretamente uma relação entre o Estado e o cidadão. As relações adstringem-se às pessoas físicas, sem obrigar o ente público na solução dos litígios. A proteção às famílias, à prole, aos menores, ao casamento, aos regimes de bens não vai além de mera tutela, não acarretando a responsabilidade direta do Estado na observância ou não das regras correspondentes pelos cônjuges ou mais sujeitos da relação jurídica.

Logo, pode-se compreender que não existe entendimento pacífico dentro da doutrina sobre o referido assunto, todavia, é consenso entre os autores que não se retira a importância do direito de família para a sociedade e para o Estado como um todo, entendendo que é necessário o cuidado e a proteção dos grupos familiares.

### 2.2.1 A família nas constituições e nos códigos

A proteção legislativa à família foi elencada, pela primeira vez no direito positivo brasileiro, na Constituição Federal de 1934. Tratando do assunto apenas nos Arts. 144 à 147, os alusivos artigos tratavam o casamento como única forma de constituição familiar e havia, desde logo, a característica de indissolubilidade do casamento.

As Constituições de 1937 e a de 1946 praticamente mantiveram os mesmos artigos da Constituição anterior, considerando em seu texto como forma de família apenas o casamento que, por sua vez, tinha o caráter de ser indissolúvel. Diferente não haveria de ser com a Constituição de 1967, que assim como todas as outras Constituições alhures mencionadas, protegia apenas o casamento como o meio familiar, da mesma forma em que o entendia ser indissolúvel.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu aquilo que Dias (2011, p. 30-31) chamou de espancamento de séculos de hipocrisia e preconceito. Para a digníssima doutrinadora, a Carta Magna de 88

instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Madaleno (2013, p. 38), a este respeito, entende que

o Direito de Família sofreu profundas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, a ponto de ser defendida a prevalência de um Direito de Família Constitucional. No caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização (sic) e matrimonialização (sic) das relações familiares, o novo texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente.

Essa significativa transformação legislativa que a Constituição de 88 criou dentro do direito de família está intimamente ligada ao momento da História que embasou a elaboração das referidas Constituições anteriores e do próprio Código Civil de 1916.

Venosa (2012, p. 14-15) explica com precisão tal situação quando informa que

os códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedica-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013) complementam o conhecimento doutrinando que por estarem vivendo na época da República Velha, período em que havia o domínio político das elites agrárias, o Código Civil de 1916 trouxe consigo a ideologia da época, onde o ter era mais importante do que o ser. Por isto que somente as famílias formadas a partir do casamento eram consideradas e reconhecidas, e pela grande influência da Igreja, se manteve no Código de 16 o caráter de indissolubilidade do casamento.

O manifesto de Dias (2011, p. 30) é no mesmo sentido, entendendo que

o Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas em casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservar o casamento.

Toda esta forma de organização do Código de 16 a respeito das famílias está atrelada ao fato de que o Estado absorveu muito da Igreja a regulamentação do casamento. Com essa grande influência religiosa aliada a própria moral da época em questão o Estado permaneceu muito tempo atrelado ao Direito Canônico. Entretanto, o surgimento da Constituição Federal de 88 começou a mudar este desenho social. O Código Civil de 2002, que já estava sendo preparado e analisado por uma comissão de juristas desde o final dos anos sessenta e início dos anos setenta, precisou ser revisto de forma muito rápida para tentar se alinhar aos preceitos constitucionais, desta forma, há de se observar sérios anacronismos a este respeito dentro do Código Civil de 2002 com relação a própria Constituição de 88.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 67) nos demonstram a organização do Código de 2002, qual seja:

em linhas gerais, o Código Civil de 2002, em seu livro de Direito de Família, é dividido em duas partes fundamentais, a saber: Do Direito Pessoal (Título I – arts. 1.511 a 1.638) e Do Direito Patrimonial (Título II – arts. 1.639 a 1.722), ao qual se acrescentam duas partes, uma curtíssima dedicada à União Estável (Título III – arts. 1.723 a 1.727) e outra, mais abrangente, destinada a disciplinar a Tutela e a Curatela (Título IV – arts. 1.728 a 1.783).

Como visto anteriormente, a comissão responsável pela criação do referido Código Civil começou a se reunir pelos anos sessenta e setenta, muito tempo antes do surgimento da Constituição de 88, motivo este pelo qual não é de se estranhar haverem trechos do referido código – inclusive dentro do próprio direito de família – que contrariem de forma visível os princípios constitucionais.

Vendo esta lacuna jurisdicional, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) sugeriu o Projeto de Lei nº 2.285/2007 de autoria do Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Este projeto visa suprir as lacunas deixadas pelo Código Civil de 2002, criando desde logo uma legislação correlata e harmoniosa aos princípios da Constituição de 1988.

Logo, como não poderia deixar de ser, é mister apresentar os regimes de bens que o Código Civil de 2002 previu para as relações familiares no momento do casamento, pois é a partir de tal escolha que se configura a organização da vida patrimonial do casal.

### 3 REGIME DE BENS

O casamento, como instituto presente na sociedade atual, traz consigo não apenas direitos e deveres no que concerne à vida afetiva do casal que optou em compartilhar sua vida pessoal com outra a fim de formar uma família, respeitando-se os princípios morais e éticos daquele meio social; ele apresenta também o surgimento de direitos e deveres com relação à vida patrimonial destas pessoas.

Para regulamentar esta relação econômica é que se faz necessário, antes da realização do casamento, a escolha do regime de bens. É o regime escolhido que disciplinará não apenas como se dará a comunicação dos bens destes consortes, mas também como será a manutenção dos bens adquiridos na constância do casamento.

O regime de bens segundo Diniz (2002, p. 144),

[...] é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes.

O casamento não deve ser visto por uma ótica puramente econômica para tratar tal questão, contudo, é natural que além do afeto existente na relação esteja presente também o aspecto material. Não apenas no que concerne aos bens que o cônjuge já possuía antes de contrair o matrimônio, mas também na necessidade de manter o sustento do lar, por exemplo.

Além disto, o regime de bens é necessário para regulamentar a relação de bens entre os cônjuges e garantir que, em caso de desfazimento da união conjugal, os danos a estes bens sejam os menores possíveis.

Neste sentido, doutrina Venosa (2012, p. 327)

[...] o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros [...] regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, como o dever de alimentos à prole e o usufruto

de seus bens, da mesma forma que importantes reflexos no direito sucessório.

Para Coelho (2006, p. 65) existe uma divisão entre os regimes de bens, podendo estes serem classificados em simples e híbridos. Simples pois não se distingue o patrimônio dos cônjuges, neste caso figurando nesta categoria proposta pelo autor o regime da comunhão universal, onde “tudo é dos dois”, e o regime da separação absoluta, onde “nada é dos dois”. Por sua vez, nos regimes híbridos o patrimônio dos cônjuges podem se dividir entre particular e comum ao outro cônjuge, neste caso são os regimes da comunhão parcial e o de participação final nos aquestos.

Todavia, reconhece-se que a denominação “regime de bens” não é a mais correta para tratar de tal questão, contudo, como o próprio Venosa (2012, p. 327) diz “a expressão é consagrada, sintética e com significado perfeitamente conhecido”. Justamente por isto que o termo mais apropriado, “regimes patrimoniais do casamento”, se torna na prática em desuso.

Partindo deste pressuposto, o Código Civil de 1916 apresentava quatro regimes de bens para o casamento, sendo eles: a comunhão universal; a comunhão parcial; a separação e o regime dotal. Aos casamentos regidos por este Código, o regime escolhido não poderia ser alterado posteriormente, independente de qual situação fosse. O Art. 230 do referido Código legislava que o regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.

Tal indisponibilidade, na época, tinha um objetivo muito simples: evitar que um dos cônjuges viesse a ter o seu direito ferido em detrimento da vontade do outro cônjuge em alterar o regime escolhido e assim atender suas necessidades particulares e/ou adimplir dívidas de cunho pessoal.

O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve também quatro opções de regimes patrimoniais do casamento, apenas substituindo o dotal pelo de participação final nos aquestos. Sobre esta alteração, Diniz (2002, p. 144) cita Gomes (1978) ao afirmar que o regime dotal

era não-comunitário apenas no que concernia à parte relativa aos bens constitutivos do dote, porém nada impedia que os bens extradotais (sic) pertencessem em comum aos consortes; todavia, era totalmente separatório, se referidos bens pertencessem com exclusividade, ao consorte que os houvesse adquirido.

Além disto, o Código Civil de 2002 inovou ao permitir que se altere o regime

de bens, como observa-se no Art. 1.639, §2º, *in verbis*:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§ 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.

Tal alteração tão significativa neste assunto é decorrente da união estável que, para Venosa (2012), hoje gozando de muitos direitos semelhantes aos do casamento, tornou-se uma opção mais viável em detrimento do casamento que, pelo Código de 1916, era muito mais rígido e menos atraente se comparado com a primeira.

Destaca-se, também, que a alteração do regime de bens citada anteriormente só pode ocorrer com um pedido motivado partindo de ambos os cônjuges e somente após o juiz apreciar tal pedido, assegurando sempre o direito de terceiro a fim de evitar tentativas de fraude.

Sobre a possibilidade de mudança de regime após a realização do casamento, doutrina Gonçalves (2012, p. 440)

a inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, pois esta somente pode ser obtida em casos especiais, mediante sentença judicial, depois de demonstrados e comprovados, em procedimento de jurisdição voluntária, a procedência da pretensão bilateralmente manifestada e o respeito a direitos de terceiros. Não será tão simples conseguir a passagem de um regime para outro, em razão dos requisitos legais a serem preenchidos, por mais perdulário e negligente no tocante ao patrimônio comum que seja um dos cônjuges, pois o dispositivo em apreço não admite pedido isolado de um deles.

Existindo o silêncio por parte dos nubentes com relação à escolha do regime, a lei determina que deverá ser o regime da comunhão parcial de bens, sendo também conhecido como regime legal. No mais, os noivos são livres para escolher um dos regimes previstos pelo código de acordo com suas necessidades e escolhas particulares. Porém, esta liberdade de escolha é mitigada pelas vedações presentes no Art. 1.641, que será debatido no próximo capítulo.

### 3.1 Características

Os regimes patrimoniais do casamento elencados no Código Civil de 2002 possuem três características básicas, que são elas: pluralidade de regimes; revogabilidade e livre estipulação.

A pluralidade de regimes, como visto anteriormente, encontra-se abarcada pelo Código Civil de 2002 ao apresentar mais de uma possibilidade de escolha. Gonçalves (2012, p. 437) é objetivo quando diz que a legislação prevê e regula apenas quatro: o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), o da participação final dos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação de bens (arts. 1.687 a 1.688).

A revogabilidade do regime é a possibilidade de, a qualquer tempo no decorrer do casamento, as partes solicitarem a alteração do regime de bens anteriormente escolhido. Esta alteração só pode ocorrer como resultado de um pedido motivado partido de ambos os cônjuges, enviado para o juiz competente a fim de que este avalie a solicitação; caberá ao juiz resguardar o direito de terceiro ao avaliar tal pedido e, somente após a autorização do mesmo, é que caberá tal pedido ante o Cartório.

Neste aspecto, Rodrigues (2004) citado por Gonçalves (2012, p. 441) nos diz que

cabe ao juiz verificar se a pretensão, embora conjunta, atende aos interesses da família, pois, se em prejuízo de qualquer dos cônjuges ou dos filhos, deve ser rejeitada. E por prejuízo entenda-se impor a um deles situação de miséria, ou extrema desvantagem patrimonial, e não apenas redução de vantagens ou privilégios.

Monteiro (2004, p. 187), neste aspecto, ao tratar do tema, desta que

[...]o alcance da modificação deve constar de modo preciso da sentença homologatória. Essa sentença deve deixar consignado se a alteração produz efeitos a partir da sua prolação, de modo que, quanto aos bens adquiridos anteriormente, prevalecerá o regime de bens anterior. Se a modificação alcançar o patrimônio antes adquirido, deverá ser apresentada a relação de bens e estipulada a partilha, em caso de transformação de regime de comunhão em separação.

A livre estipulação, por sua vez, é a possibilidade dos nubentes em não escolherem apenas um regime específico para resguardar a relação entre eles, pelo contrário, eles podem estipular através do pacto antenupcial como se dará tal organização dos seus bens. Diniz (2002, p. 144) é muito objetiva a respeito:

[...] permite-se aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do ato nupcial, já que, como não estão adstritos à adoção de um daqueles tipos [...] podem combiná-los formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícito, ainda, estipular cláusulas, desde que respeitados os princípios de ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio.

Como se pode perceber da última parte, o poder de livre estipulação está restrito, naturalmente, àquilo que está disposto na lei conforme regula o Art. 1.655 do Código Civil de 2002. Por isto, por exemplo, que não é possível estar presente em um pacto antenupcial a possibilidade de um dos pais abrir mão do seu poder familiar, ou então a dispensa de suas obrigações conjugais. Gonçalves (2012) ensina que os nubentes não podem estipular cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento.

Qualquer cláusula que contrarie as normas públicas acarretará na anulação do pacto antenupcial e, neste caso, sendo aplicado o regime legal de bens de forma supletiva.

### **3.1.1 Comunhão parcial de bens**

O regime da Comunhão Parcial de Bens encontra-se amparado no Art. 1.658 e seguintes do Código Civil de 2002. Tal regime é um dos mais adotados no Brasil vez que, na ausência de pacto antenupcial definindo outro ou sendo este nulo, o Art. 1.640 do Código Civil preceitua que “Não havendo convenção ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Madaleno (2003) citado por Dias (2006, p. 204) entende que

trata-se de regime que atende a uma certa lógica e dispõe de um componente ético: preserva a titularidade exclusiva dos bens particulares e garante a comunhão do que for adquirido durante o casamento. Nitidamente, busca evitar o enriquecimento sem causa de qualquer dos cônjuges. O patrimônio familiar passa a ser integrado pelos bens comuns, que não se confundem com os bens particulares e individuais dos sócios conjugais.

Neste regime os bens adquiridos antes da realização do casamento não se comunicam com os bens do outro cônjuge, bem como, não entram como patrimônio daquele casal; sendo considerado para este último somente os bens que forem adquiridos em conjunto pelos nubentes. Venosa (2012) entende que na comunhão

parcial se apresentam três tipos de bens: os do marido e os bens da mulher oriundos antes do casamento, e os bens comuns, surgidos após o matrimônio.

Na mesma esteira, Diniz (2002, p. 151) quando entende que o regime da comunhão parcial de bens

é o regime que melhor atende ao espírito da sociedade conjugal; os bens adquiridos na constância do casamento devem ser comuns por serem fruto da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, permanecendo incomunicáveis os adquiridos por motivos anteriores ou alheios ao matrimônio.

Assim como defende o autor supracitado em relação à incomunicabilidade dos bens adquiridos anteriormente ao casamento, o Art. 1.659 do Código Civil de 2002 nos apresenta os bens que não se comunicam, sendo eles

Art. 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 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, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

É válido destacar neste momento alguns apontamentos, com relação a determinados incisos do referido artigo. Os incisos I e II são defendidos por Gonçalves (2012) justamente por representar a essência desse regime de não comunicação dos bens dos cônjuges, independente de ser o bem propriamente dito ou valores oriundos destes bens.

As obrigações provenientes de atos ilícitos, para Santos (1961) sendo citado por Gonçalves (2012, p. 473) são no sentido de que “a responsabilidade pelo ato ilícito é pessoal e, por isso mesmo, como consequência, pessoal é a dívida resultante dessa responsabilidade”.

No que tange o artigo V, para Diniz (2002, p. 152), quando os livros forem destinados para os negócios ou se constituírem em grande quantidade como parcela do ativo, deverão se comunicar.

Por outro lado, assim como existem os bens incomunicáveis, o artigo subsequente do Código Civil elenca os bens conhecidos como comuns, ou seja,

aqueles que se comunicam e que irão integrar o patrimônio de ambos os cônjuges, sendo eles:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III – os bens adquiridos por doação herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Com relação a estes bens comunicáveis, destaca-se aqui a posição de Mário (2004) na obra de Gonçalves (2012, p. 478):

[...] os dois últimos incisos refletem a essência da comunhão parcial de bens, ou seja, “entram no patrimônio do casal os acréscimos advindos da vida em comum” [...] ‘afastando dúvidas e polêmicas, presumem-se adquiridos os bens móveis na constância do casamento quando não se provar com documento autêntico que o foram em data anterior (art. 1.662). Daí a necessidade de o pacto antenupcial descrever minuciosamente os bens móveis, sob pena de se reputarem comuns’

Cada cônjuge deverá responder pelos débitos que contraiu antes do casamento devido os patrimônios serem separados, assim como as dívidas subsequentes ao matrimônio, quando forem contraídas no exercício da administração do patrimônio comum, deverão obrigar aos bens comuns e aos particulares do cônjuge que administra e aos do outro na proporção do proveito que tiver gozado. Sobre os débitos, Diniz (2002) nos diz que quando contraídos por qualquer dos dois na administração de seus bens particulares e em benefício destes bens, não serão comunicados com os bens comuns; os bens comuns apenas respondem pelos débitos contraídos por qualquer dos cônjuges para atender as necessidades da família, às despesas e às decorrentes de imposição legal.

Rizzardo (2006) faz destaque ao Art. 1.662, quando afirma que no regime da comunhão parcial de bens presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. Para o referido autor, havendo dúvidas ou incapacidade de provar a origem dos bens móveis, considera-lo como um bem comum beneficiária os terceiros e dará segurança à estas relações com os cônjuges.

Não obstante, para que possam ser realizados os atos que impliquem cessão de uso e gozo a título gratuito dos bens comuns, a lei determina que é

necessária a anuência de ambos os cônjuges, nos termos do §2º do Art. 1.663 do Código Civil de 2002.

Bem como, o regime de comunhão parcial de bens cessa com a morte, separação, divórcio ou anulação do casamento, onde os bens anteriores ao casamento continuam pertencendo aos seus proprietários pretéritos.

### **3.1.2 Comunhão universal de bens**

O regime da comunhão universal de bens era considerado, no Código Civil de 1916, como sendo o regime legal para as pessoas que fossem contrair o matrimônio. Nesta opção, com raras exceções, bens móveis e imóveis, presentes e futuros, assim como as dívidas dos consortes se comunicam. Comunicam-se inclusive os bens particulares que cada cônjuge levou para o casamento, tornando assim cada nubente meeiro da totalidade destes bens.

Venosa (2012, p. 44) preconiza que

no regime da comunhão universal, há um patrimônio comum, constituído por bens presentes e futuros. Os esposos têm a posse e propriedade em comum, indivisa de todos os bens, móveis e imóveis, cabendo a cada um deles a metade ideal. Como consequência, qualquer dos consortes pode defender a posse e a propriedade dos bens. Cuida-se de sociedade ou condomínio conjugal, com caracteres próprios [...].

Assim como Dias (2006, p. 208), quando apresenta a comunhão universal como sendo uma fusão entre os bens trazidos por ambos os nubentes, formando um único conglomerado de bens em que será agregado tudo o que for adquirido a título oneroso, doação ou herança, por qualquer um dos cônjuges no decorrer do casamento. Bens presentes e futuros, bem como as dívidas passivas se comunicam. Conhecido como mancomunhão, ou seja, propriedade em mão comum.

Na mesma esteira cita-se Rizzardo (2006, p. 643) doutrinando que

através da sua adoção, com poucas exceções, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas, se comunicam. Não importa a natureza, sejam móveis ou imóveis, direitos ou ações, apreciáveis ou não economicamente, passam a formar um único acervo, um patrimônio comum, que se torna individual até a dissolução da sociedade conjugal. Os bens que o cônjuge leva para o matrimônio se fundem com os trazidos pelo outro cônjuge, formando uma única massa, e não tornando à propriedade originária quando do desfazimento do casamento.

Apesar de tal configuração deste regime, o Código Civil de 2002 elenca a

lista de bens que até mesmo na comunhão universal não irão se comunicar com o outro cônjuge, sendo excluídos da comunhão. São eles:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Para Diniz (2002, p. 156) tais bens são excluídos da comunhão universal por “terem efeitos personalíssimos ou devido a sua própria natureza”. Assim como no que se refere a administração dos bens do casal, o Art. 1.670 diz que devem ser aplicados os mesmos preceitos do regime de comunhão parcial de bens, qual seja, ambos os cônjuges podem administrar os bens e responder na altura de sua responsabilidade sobre os mesmos, no caso das dívidas, por exemplo, respondem os bens comuns e os particulares do cônjuge administrador. Os bens do outro cônjuge apenas irão responder se for provado que este obteve algum tipo de lucro. O gozo e uso dos bens comuns só serão permitidos com a anuência de ambos os cônjuges.

Dias (2006, p. 210), por outro lado, faz suas ressalvas ao tratar da administração dos bens regidos pela comunhão universal ao apontar falhas legislativas nesse aspecto:

[...]não se pode olvidar o que dizem os arts. 1.642 a 1.650, que regulamentam a gerência dos bens em todo e qualquer regime. A alienação ou oneração dos bens comuns depende da manifestação de ambos os cônjuges, não podendo ser afastada essa exigência nem por pacto antenupcial. A ressalva do art. 1.665 diz com os bens particulares, podendo servir aos regimes da comunhão parcial e da participação final nos aqüestos, mas não serve para a comunhão universal, onde inexistente tal espécie de bens. No máximo se pode cogitar tal possibilidade quanto aos bens excluídos da comunhão (CC 1.668). Igualmente, pelas dívidas assumidas por um dos consortes, não responde o outro nem sua meação (EMC 3.º).

A comunhão dissolve-se, conforme estipula o Art. 1.571 do Código Civil de 2002, pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial, pelo divórcio e pela morte presumida do ausente. Ocorrendo a dissolução, que também pode ocorrer pelo divórcio direto ou decisão judicial, os

bens são repartidos em duas partes iguais, podendo ser reestabelecido a comunhão caso ocorra a reconciliação, neste caso preconiza Diniz (2002, p. 160) que “terminando o estado de indivisão, o consorte, ante a presunção *iuris et de iure* de que sempre foi o titular de sua meação, imite-se na posse dos bens que a compõem, passando a ter uso, gozo e disposição”.

Monteiro (2004, p. 207), por sua vez, entende que

no caso de morte de um dos cônjuges, que *ipso facto* acarreta extinção da comunhão, o cônjuge sobrevivente, desde que convivesse com o falecido ao tempo de sua morte, continua na administração da herança até o compromisso do inventariante (Cód. Civil de 2002, art. 1.797, n. I). Na efetiva partilha, reparte-se então o monte em duas meações distintas, cabendo a primeira ao supérstite, e a segunda, aos sucessores do *de cuius*.

Sendo o casamento nulo ou anulável, a comunhão não se constituirá porque o casamento propriamente dito não existiu. Nestes casos, ao invés de partilha, cada um dos cônjuges envolvidos apenas irá retirar da massa os bens que trouxeram para a relação.

Venosa (2002, p. 347), por sua vez, entende que não será apenas a morte de um dos cônjuges, separação judicial ou divórcio que irá por fim imediato à comunhão; até mesmo nos casos de nulidade ou anulação do casamento somente a realização da partilha é que finalizará a relação.

### **3.1.3 Participação final nos aquestos**

A inovação trazida pelo Código Civil de 2002 no que tange aos regimes de bens foi a participação final nos aquestos prevista do Art. 1.672 ao 1.685, em substituição ao regime dotal. Como os regimes da comunhão universal e da separação, ele deve estar previsto no pacto antenupcial dos nubentes.

Neste regime, cada cônjuge mantém o patrimônio que possuía antes do casamento e tem, além disto, direito à meação dos bens adquiridos de forma onerosa pelo casal na constância do casamento. Os bens particulares que o cônjuge trouxe para a relação conjugal não irão se comunicar com os bens do outro cônjuge, até mesmo a administração destes bens será de competência exclusiva do cônjuge titular, incluindo aqui as dívidas que este contraiu. Coelho (2000) entende que a participação final nos aquestos é o regime no qual a comunhão só irá se estabelecer com o término da sociedade conjugal; o cônjuge só terá direito à meação com a

dissolução do vínculo conjugal e, também, apenas dos bens adquiridos com esforço comum do casal.

Venosa (2012, p.347) explica tal questão informando que a participação final nos aquestos é um regime híbrido, vez que se aplicam as regras da separação de bens durante o casamento e, a comunhão de aquestos no momento do desfazimento da sociedade conjugal.

Neste regime, os bens particulares dos cônjuges trazidos à relação não se comunicam, tendo liberdade para administrá-los da melhor maneira que lhe convém este patrimônio pessoal. Somente com a dissolução da sociedade conjugal é que o outro terá direitos. Diniz (2002, p. 160) elenca com propriedade tal questão:

[...] há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio, de sorte que na constância do casamento os cônjuges têm a expectativa de direito à meação, pois cada um é credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio (CC, art. 1.672). Há, portanto, dois patrimônios, o *inicial*, que é o conjunto dos bens que possuía cada cônjuge à data das núpcias e os que foram por ele adquiridos, a qualquer título, durante a vigência matrimonial, e o *final*, verificável no momento da dissolução do casamento (CC, art. 1.674).

Por sua vez, Dias (2006) corrobora o Art. 1.681 do Código Civil, ao afirmar que os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome estiver no registro, mas que para serem alienados precisa da concordância do outro cônjuge, contudo, tal regra pode ser desconsiderada se no pacto antenupcial se convencionar a livre disposição dos bens particulares conforme preceitua o Art. 1.656; sobre os bens móveis, a alienação destes é permitida mesmo que se presumam adquiridos na constância do casamento.

Logo, pode-se perceber que o regime de participação final nos aquestos acaba por ser utilizado em maior escala por cônjuges que exerçam atividades empresariais, justamente por lhes dar a liberdade necessária a fim de administrar seus negócios sem embaraços legais, ao mesmo tempo em que não retira o direito à meação destes em caso de dissolução. O próprio Código Civil de 2002, em seu Art. 1.682, garante que o direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

Todavia, Venosa (2012, p. 348) critica tal regime ao defender que

[...] esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que esse cônjuge poderá adredemente (sic) esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou

não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal. Sabemos que a necessidade de outorga conjugal para a alienação de imóveis não obsta a condução de vontade, a supremacia da vontade de um dos cônjuges sobre o outro no recôndito do lar. Isso trará sem dúvida uma instabilidade não só ao consórcio, como também aos terceiros que contratam com o casal nesse regime.

Monteiro (2004) detalha que o regime de participação final nos aquestos difere-se dos demais regimes de comunhão justamente por serem apurados os acréscimos patrimoniais, de forma contábil, a fim de que o cônjuge possa ter, em caso de impossibilidade de divisão, créditos referentes ao saldo apurado; nos demais regimes a comunhão de bens diz respeito aos próprios bens.

Não obstante a tal questão, advindo a dissolução da sociedade conjugal se procederá com o previsto no Art. 1.647, onde serão apurados os aquestos e excluídos da soma dos patrimônios próprios: os bens anteriores ao casamento ou sub-rogados em seus lugares, os que forem destinados aos cônjuges por sucessão ou liberalidade e as próprias dívidas relativas a estes bens. Apesar disso, para Diniz (2002, p. 161) “[...] os frutos dos bens particulares e os que forem com eles obtidos formarão o monte partível”.

No mesmo sentido, Monteiro (2004, p. 231) entende que em caso de doações de bens sem autorização do cônjuge, é permitido ao cônjuge lesado – ou até mesmo seus herdeiros – reivindicar o bem doado, ou então, requerer seu cômputo no monte partilhável, ao valor da época da dissolução.

Rodrigues (2004), ao ser mencionado por Gonçalves (2012, p. 490), com relação ao desfazimento da sociedade conjugal, entende que

[...] a apuração da participação se faz em etapas: 1ª) com a verificação do acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges; 2ª) a apuração do respectivo valor para a compensação e identificação do saldo em favor de um ou de outro; e, por fim, 3ª) a execução do crédito. Este caminho pode ser tortuoso diante da morosidade da Justiça, considerando, também, a expressiva quantidade de incidentes e recursos que podem surgir nas três fases distintas. Daí por que o regime da participação final nos aquestos, embora simpático na sua essência, acaba por vir a ser uma opção problemática.

Podemos perceber com isto que o regime de participação final nos aquestos foi trazido à legislação brasileira como forma de inovar e apresentar outras possibilidades, mas que a sua aplicação no caso prático é muito mais complexo do que se apresenta. Acaba por ser mais apropriado a fim de atender os fins deste regime um pacto antenupcial pela comunhão parcial de bens, detalhando as

particularidades que os cônjuges julgarem pertinentes.

Na mesma esteira, ainda citando Gonçalves (2012), o Projeto de Lei 2.285/2007, que propõe a criação do Estatuto das Famílias em substituição ao Livro do Direito de Família do Código Civil, irá suprimir o regime de bens de participação final nos aquestos justamente por não encontrar nenhuma base na cultura brasileira e acabar por transformar os cônjuges em sócios, potencializando litígios.

### 3.1.4 Separação de bens

O regime de separação de bens está elencado no Código Civil de 2002 nos Arts. 1.687 e 1.688. Em seu cerne, este regime define que cada um dos cônjuges mantém a propriedade e administração de seus bens, antes do casamento e posteriormente a este, fazendo assim com que existam dois patrimônios completamente distintos e independentes.

Leite (2013) ensina que este regime foi importado da Suécia, Alemanha e França, ou seja, oriundo de países de renda elevada e cuja renda *per capita* está muito acima do que temos aqui no Brasil.

Pereira (2004), ao ser citado por Gonçalves (2012, p. 491), detalha com exatidão tal regime ao afirmar que

quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial.

Gomes (1978) ao ser citado por Diniz (2002, p. 164), também se manifesta em sentido semelhante ao doutrinador que

como o ativo, o passivo dos cônjuges também é separado, não se comunicando os débitos anteriores ou posteriores ao casamento, pelos quais responde o consorte que os contraiu, isoladamente, e, se crédito houver entre marido e mulher, regular-se-ão pelas normas atinentes às obrigações entre pessoas estranhas.

Pertinente citar Venosa (2012, p. 353) ao afirmar que “esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as

finalidades da união pelo casamento”. Leite (2013) já entende que o referido regime buscou conciliar o inconciliável, qual seja, a síntese de valores antagônicos na organização econômica do casamento. Visou incorporar as vantagens do regime de comunhão mas sem abrir mão da autonomia conjugal e das vantagens que a separação de bens proporciona ao casal na administração dos bens.

Rizzardo (2006, p. 656) tem entendimento semelhante sobre o regime, pois em sua doutrina detalha a separação de bens como

[...]um regime convencional de bens, pouco adotado, mas de igual importância que os demais. Por meio dele, os cônjuges conservam exclusivamente os bens que possuíam quando do casamento e aqueles que adquirem ou vão adquirir na constância do mesmo. Há a completa separação do patrimônio dos cônjuges, nada tornando-se comum, inclusive aquilo que advém do esforço conjunto. Cada consorte é proprietário do capital ativo e passivo existente antes de casar e daquele formado posteriormente, competindo a cada um a posse e a administração[...]

Valido destacar, todavia, os ensinamentos de Coelho (2006) ao refletir que assim como nos regimes da comunhão parcial e no de participação final nos aquestos, na separação de bens a administração destes bens é de exclusividade do cônjuge que a titula; a diferença primordial reside no fato de que o regime de separação de bens não exige a outorga do outro cônjuge caso seja o desejo em alienação ou exoneração dos bens, já os demais regimes híbridos citados anteriormente, envolvendo imóveis ou doação, se faz indispensável a concordância do consorte.

Apesar desta clara divisão legal criada pelo regime da separação de bens, onde os cônjuges compartilham apenas a vida a dois e o desejo de constituir uma família, sem envolver seus bens patrimoniais, Gonçalves (2012, p. 492) cita Monteiro (2004) ao fazer ressalvas à este regime, apresentando posicionamentos dos tribunais que vão contrários à letra fria da lei:

tem a jurisprudência admitido a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum do casal, comprovada a existência da sociedade de fato. Assim, ‘sob a inspiração do princípio que norteou a Súmula n. 380, a respeito do concubinato, e a Súmula n. 377, sobre o regime da separação obrigatória, que veda o enriquecimento ilícito, se provado que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorreu diretamente, capital ou trabalho, para a aquisição de bens em nome do outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte’.

Além disto, cita-se a renomada doutrinadora Diniz (2002) ao elucidar o Art. 1.688 do Código Civil de 2002, confirmando que apesar do patrimônio ser

completamente separado, ambos os cônjuges são obrigados a assumir e responder pelas despesas do casal na proporção daquilo que recebem e dos seus bens, contudo, nada impede que o pacto antenupcial estipule alguma outra possibilidade em contrário.

Salienta-se que o regime da separação de bens pode ser convencional, estipulado assim pelos nubentes através do pacto antenupcial como visto anteriormente, mas também ele pode ter origem por determinação legal. O rol taxativo do Art. 1.641 e seus incisos definem aqueles que deverão se casar por este regime, todavia, a fim de organização e atendendo aos objetivos deste trabalho, tal assunto será abordado com maior aprofundamento no próximo capítulo.

#### 4 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS EM UMA VISÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL

O regime de separação obrigatória de bens, conforme visto anteriormente, trata-se da completa não comunicação dos bens que cada consorte possui no momento do casamento, conforme estipula o Art. 1.641 do Código Civil de 2002. As obrigações dos cônjuges enquanto casal é de apenas zelarem concorrentemente com a manutenção da casa e dos filhos. Contudo, alhures já mencionado, a faculdade de escolher tal regime inexistente em determinados casos especificados na lei, sendo estes elencados no Art. 1.641 do aludido Código, qual sejam:

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.

Sobre isto, Dias (2011) entende que tal artigo é, na verdade, uma tentativa do legislador em limitar o desejo dos nubentes mediante ameaça ante àquilo que eles consideram como sendo uma teimosia ao desobedecer os conselhos da lei. Isto porquê, os cônjuges casados por esse regime não podem compor sociedade entre si ou com terceiros, nem mesmo em caso de venda de bens de ascendente para descendente precisa da anuência do outro. Para a alusiva autora, entende-se que este regime obrigatório, na verdade, cada um dos cônjuges pode apenas alienar e gravar de ônus real seus bens particulares, agindo em juízo com relação a eles sem a anuência do outro consorte, podendo também prestar fiança ou aval.

Para Tartuce, e Fernando Simão (2012, p. 145), com grifos dos autores, na verdade

a razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem ser ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime. Explicamos a *ratio legis* para possibilitar a compreensão das questões polêmicas envolvendo o dispositivo. Os incs. II (maiores de 70 anos) e III (menores que se casam por autorização judicial) têm por objetivo a proteção do nubente, quer em razão de sua imaturidade e inexperiência, quer em razão da idade já avançada (segundo o ponto de vista legislativo), o que possibilitaria o chamado *golpe do baú*. Em outras palavras, o dispositivo evita que a pessoa com mais de 70 anos seja iludida por alguém mal intencionado. Sob a ótica do legislador, evita-se, assim, o enriquecimento fácil de pessoas inescrupulosas que se valem da carência alheia. (grifos originais)

Apesar disto, a aplicabilidade de tal regime nas palavras dos doutrinadores

Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 326) é de que se aplica apenas ao casamento, não sendo imputado à união estável por “inequívoca ausência de previsão legal nesse sentido”.

E apesar dos limites rígidos impostos pelo regime da separação obrigatória onde nenhum bem dos consortes se comunica, é natural que com o passar dos anos o casal adquira bens na constância do casamento de forma conjunta; para sanar as dúvidas oriundas dessa situação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377, na qual diz que “no regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”.

Tartuce, e Fernando Simão (2012), apresentam um questionamento, ao levantar a dúvida de que se deve haver o debate sobre a necessidade ou não de comprovar o esforço comum dos cônjuges para a aquisição dos bens; por outro lado, Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 329) são enfáticos ao afirmar que a referida súmula fora extremamente positiva no ordenamento jurídico quando dizem que

o que se quer, com a súmula, é exatamente o inverso: evitar-se a insensatez de se impedir a comunicabilidade dos bens amealhados pelo esforço comum, sob pena de se permitir – ou até mesmo incentivar – o enriquecimento sem causa de uma das partes.

Por este posto e em uma análise mais detalhada sobre cada um dos incisos do alusivo artigo, no que tange ao inciso I, qual seja, para as pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas do casamento, os já citados doutrinadores Gagliano, e Pamplona Filho (2013) compreendem essa possibilidade, entendendo que o matrimônio realizado na constância de uma causa suspensiva não acarretará, por si só, a inviabilidade do casamento, mas sim a sua mera irregularidade com a imposição de sanção matrimonial que, neste caso, é a separação legal de bens.

Dias (2011, p. 250), neste aspecto, doutrina de forma magistral ao entender que sobre as causas suspensivas (grifos originais)

se o objetivo é proteger, a alternativa que não viola os princípios da igualdade e da liberdade é determinar que os nubentes, no procedimento de habilitação para o casamento, procedam a uma **declaração de patrimônio**. Tão só. De qualquer forma, satisfeita a condição das causas suspensivas, não há como obrigar os cônjuges a permanecerem casados sob o regime da separação legal de bens. É lícito que lhes seja permitido alterá-lo, quando e como bem entenderem, após, repito, satisfeita a condição que gerou a causa suspensiva.

Ainda discorrendo sobre a obrigatoriedade da separação de bens, o inciso III do Art. 1.641 do Código Civil de 2002 completa o rol de possibilidades do referido regime quando o casamento ocorrer com a necessidade de suprimento judicial. Tal situação existe quando um dos noivos for menor de 18 (dezoito) anos e os pais se recusarem a autorizarem o casamento, por exemplo. Todavia, a autorização ora preconizada é deferida apenas na existência de motivos injustificados dos pais em autorizarem a união do filho, e é exatamente por questões como essa que Gagliano, e Pamplona Filho (2013), levantam o questionamento se seria justo o casal, após atingido a maioridade civil, não poder alterar tal regime visto o desaparecimento daquilo que deu causa à obrigatoriedade alhures.

Tartuce, e Fernando Simão (2012, p. 148), sobre tal situação, parecem apresentar a solução para esta questão ao informar que

[...] na III Jornada de Direito Civil foi aprovado outro enunciado, possibilitando a alteração do regime de bens de casamento celebrado sob o regime da separação legal ou obrigatória, nos seguintes termos: “Arts. 1.641 e 1.639: A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do Art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs” (Enunciado n. 262 CJP/STJ) [...]

O supracitado enunciado não faz menção ao inciso II do Art. 1.641 do CC/2002, logo, compreende-se que os septuagenários não podem alterar o regime de separação obrigatório de bens; tal desenho social gera dúvidas sobre sua legitimidade, pois apesar de almejar proteger as pessoas, suas consequências no mundo fático podem ser extremamente nocivas. Por isto, visando esclarecer tal assunto de forma pormenorizada e defender a inconstitucionalidade do referido trecho da lei, o mesmo será abordado de forma à parte após a apresentação dos princípios regentes do Direito de Família.

#### **4.1 Princípios norteadores do direito de família**

O Direito de Família, assim como todas as áreas do nosso ordenamento jurídico, tem como base princípios que amparam e auxiliam a aplicabilidade das leis dentro dos casos concretos, tratam-se de verdadeiros caminhos que regem e auxiliam o magistrado nas suas tomadas de decisões, bem como, explicar de forma ampla qual é a função do direito de família dentro do contexto em que vivemos. Para tal, será abordado de forma muito objetiva os principais princípios do direito de

família, quais sejam: o princípio da função social da família; da solidariedade familiar; da afetividade; da igualdade entre os cônjuges; da igualdade entre os filhos e o princípio da não intervenção ou intervenção mínima do Estado nas relações familiares.

A família, conforme demonstra nossa Carta Magna em seu Art. 226, caput, é a base da sociedade, devendo ter especial proteção do Estado. Logo, o princípio da função social da família nasce do aspecto daquilo que Tartuce, e Fernando Simão (2012) afirmam ser a importância de analisar cada família dentro do contexto social em que vivem; pois conforme doutrina Gagliano, e Pamplona Filho (2013, p. 99) é na família que

[...] opera-se o segundo nascimento do homem, ou seja, o seu nascimento como personalidade sociocultural, depois do seu "primeiro nascimento" como indivíduo físico.

Numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros [...]

Tendo em vista que é através da família que o homem forma seus valores morais e sociais, convivendo no dia a dia e de forma duradoura nas obrigações oriundas dessa relação, natural que se perceba o surgimento do afeto entre estas pessoas, algo que Dias (2011, p. 71), de forma muito pontual, nos explica como sendo algo que

não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Tartuce, e Fernando Simão (2012) simplificam tal questão ao nos demonstrar que quando um homem reconhece como seu o filho de sua companheira, estabelecendo o vínculo afetivo, não poderá depois ser quebrado ou desconsiderado esse vínculo; pode-se presumir, desta forma, que o princípio da afetividade é algo muito singelo mas que pode ser de grande impacto dentro das famílias, vindo a formar novos laços e fortalecer a relação entre os conviventes, tal qual preconiza a Constituição Federal.

E da relação e afetividade entre as pessoas, nasce o princípio da solidariedade familiar. Transformado em princípio pela sua excepcional importância nas relações humanas, Gagliano, e Pamplona Filho (2013) entendem que é pelo sentimento da solidariedade que podemos verificar a determinação do amparo, a

assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Dias (2011, p. 67), ao citar Gama (2003), não deixa de observar que o referido princípio – da solidariedade familiar – além de possuir um cunho puramente emocional de zelo entre os seus, tem como objetivo também eximir o Estado de cumprir, ao menos em um primeiro momento, suas obrigações para com os cidadãos

uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família. Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). A mesma ordem é repetida na proteção ao idoso (CF 230)

Como consequência dessa solidariedade em seu sentido mais amplo, o Direito de Família nos apresenta o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros. Por todo o exposto, não seria lógico diferenciar as famílias formadas pelo casamento ou então pela união estável, muito menos estipular mais poderes para o homem do que para a mulher, pois o Estado, através da Constituição Federal de 1988 determinou de forma majoritária que todos são iguais perante a lei. Inclusive nas relações familiares.

Sobre isto, Tartuce, e Fernando Simão (2012, p. 14) objetivam esta questão quando afirmam que

assim como há a igualdade entre filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convencial (sic) formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, I, da CF/1988)

Gonçalves (2012) complementa tal situação ao lembrar que o patriarcalismo não se aplica mais à nossa sociedade, pois grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente ligados às funções das mulheres na família e na própria sociedade, provando uma verdadeira revolução no campo social.

E assim como não há de se fazer distinção entre homem e mulher no que concerne a relação do casal sob a administração da família, não poderia deixar de existir o princípio da igualdade entre os filhos; tal princípio encontra sua égide no Art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, qual seja:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

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

Tal alinhamento é explicado por Tartuce, e Fernando Simão (2012) como um avanço constitucional sobre o Código Civil de 2002, tendo em vista que o Art. 332 do alusivo código apresentava distinção entre filhos, e hoje, todos os filhos são iguais perante a lei, independente de terem sido concebidos antes ou depois do casamento, ou até mesmo fora dele. A palavra filho, agora, não suporta nenhum adjetivo conforme ensina Dias (2011).

Dentro do contexto familiar que se fazem presentes todos os princípios básicos inerentes ao direito de família acima mencionados, existe o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família. Este princípio transformou o Estado como um agente protetor e assistencialista, cujo objetivo principal não é assumir as obrigações familiares para com os filhos, por exemplo, mas sim, permitir e facilitar que as famílias possam se desenvolver em condições dignas.

Rodrigo da Cunha Pereira (2004) explica que a intervenção estatal deverá ocorrer somente com o objetivo de tutelar a família, dando-lhe garantias para que possam viver em condições mínimas à manutenção dos seus núcleos afetivos. E essas garantias possuem seu cerne diretamente ligado com os princípios constitucionais basilares à vida em sociedade, porque os próprios elementos citados no decorrer deste capítulo estão sob a ótica da Constituição Federal de 88, aqui representada pelos princípios da Igualdade; Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana.

#### **4.1.1 Princípio da igualdade**

Tal princípio está abarcado na Carta Magna de 88 visando garantir que todos os cidadãos tenham direito ao mesmo tratamento perante a lei, desde que respeitados os critérios estabelecidos por esta. Bulos (2012, p. 550) cita Ruy Barbosa ([1950?]) quando este nos diz que

a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar (sic) desigualmente aos desiguais na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Para alcançar essa igualdade nas diferenças, Tavares (2012, p. 601) sintetiza esse debate ao explicar aquilo que Aristóteles desejou informar, tratando-se, para o referido doutrinador, da necessidade de existir

uma relação de proporcionalidade entre os meios e métodos empregados pelo legislador, para alcançar aquela finalidade (que, como se disse, deve encontrar eco no seio do próprio ordenamento), e essa finalidade perseguida. Não se pode, por exemplo, utilizar meios extremamente gravosos ao cidadão para realizar uma finalidade, ainda que constitucional, quando existirem inúmeros outros modelos, à disposição do Poder Público, para perfazer tal objetivo. A adequabilidade dos meios aos fins aquilata-se tomando em conta os efeitos que a utilização daqueles meios e métodos irão produzir. A Constituição não assegura a inviolabilidade dos direitos de parcela da comunidade, violando os direitos de outra parcela. Acima de tudo, proclama, nessa situação, o princípio da igualdade.

Ao Supremo Tribunal Federal coube apontar o tríplice objetivo do princípio da igualdade: limitar o legislador, a autoridade pública e o particular.

O ensinamento de Moraes (2007) é que a igualdade é algo cuja eficácia deve ser transcendente a própria norma que não demonstrar compatibilidade com os valores presentes na Carta Magna. Tal princípio, como pode-se denotar, deve estar presente para o legislador de forma que este não crie leis, atos normativos e medidas provisórias que venham a tratar de forma abusiva e diferenciada os iguais; e no outro ponto da relação, a igualdade deve ser respeitada pelo intérprete da lei, representando o Poder Público, de forma que este não estabeleça diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

Esta igualdade, como alhures mencionado, é explicada por Afonso da Silva (2012, p. 218) pela necessidade da igualdade jurisdicional, algo que este apresenta como sendo

a concepção de que o princípio da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador avulta a importância da igualdade jurisdicional. Pois, se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastaria a este respeitar o princípio da legalidade e o da igualdade estaria também salvo. No sentido da concepção exposta, que é a correta e pacificamente aceita, o princípio da igualdade consubstancia uma limitação ao legislador, que,

sendo violada, importa na inconstitucionalidade da lei. Constitui, por outro lado, uma regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie distinções.

A desigualdade presente na lei existe quando a norma diferencia de forma não razoável ou arbitrária determinado tratamento a pessoas diversas; essas diferenças apenas não serão consideradas discriminatórias se existir uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos aceitos, levando em consideração que a norma deve apresentar uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e sua finalidade pretendida, sempre alinhado com os direitos e garantias constitucionais protegidos.

Qual seja, não cabe ao legislador simplesmente preocupar-se com a edição da lei normativa, cabe a ele antes de tudo ter o entendimento e a consciência de preocupar-se com o respeito ao cidadão, visando criar meios de não ferir a sua liberdade como pessoa humana e garantir, acima de tudo, o cumprimento dos princípios constitucionais.

A título de exemplo, o Art. 5º, I da Constituição Federal de 88 regula que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações perante a lei, não cabendo, portanto, independente de qualquer argumento, o cerceamento das prerrogativas e deveres daqueles que estiverem em situações idênticas, salvo, desde logo, aquilo que a Constituição prevê conforme ensina Bulos (2012, p. 558)

só valem as discriminações contidas na própria Constituição, e. g., a aposentadoria da mulher com menos tempo de contribuição e menor limite de idade do que o homem (art. 40, § 1º, III, a e b), essa exceção em favor da mulher possui fundamento, porque às mulheres incumbem os serviços do lar, no mais das vezes sem nenhuma ajuda do marido. Sua sobrecarga de trabalho justifica a aposentadoria com menos tempo de serviço e menor idade.

Todavia, Tavares (2012) faz suas ressalvas ao que se refere a certos traços ou características humanas (como cor, sexo, religião) e que estão abarcadas pela Carta Magna como vetores ao processo discriminatório.

Para o referido autor, a letra fria da Constituição, em um primeiro momento, impede que exista qualquer tipo de desigualdade levando-se em conta as características acima mencionadas, por exemplo. Contudo, de acordo com as ideias do doutrinador, a Constituição Federal não está vedando qualquer discriminação com base nesses elementos, na verdade, nossa Carta Magna objetiva impedir as ocorrências que venham a ferir os direitos fundamentais, comuns em certos

períodos da História como forma de distinção e punição. Estas situações de injustiça, para Tavares, fizeram com que o constituinte brasileiro buscasse impedir que acontecesse novamente.

#### **4.1.2 Princípio da liberdade**

Antes de se falar em direito, a liberdade, por si só, é algo que transcende a norma. Ela faz parte da inconsciência do homem como algo necessário e crescente, algo que faz parte de um ente maior; desde pequenos somos trabalhados para alcançar essa liberdade que está em constante transformação e, aos poucos com o decorrer dos anos, vamos nos considerando mais livres para vivermos em sociedade respeitando, desde cedo, os impositivos da lei.

Tal situação é explicada por Afonso da Silva (2012) como sendo o problema da liberdade exatamente o debate entre o sentido da liberdade e da necessidade, enquanto uns consideravam a liberdade como sendo algo necessário, enquanto outros a consideravam como algo puro e inato ao homem. A discussão, neste aspecto, levou ao entendimento do autor de que

essas posições colocam o homem fora do processo da natureza. Mas é necessário resolver o problema a partir da consideração de que o homem faz parte dela. Está, por isso, sujeito às leis objetivas da necessidade. Mas, além disso, ele é também um ser social; é criador e produto da história, e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionados por suas relações sociais com os outros homens. Assim, o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas.

Logo, parte-se para o entendimento de que o homem vai se libertando com o desenrolar da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, ao passo em que, conhecedor das leis da necessidade, irá atuar sobre a natureza real e social, visando transformá-la naquilo que expanda sua personalidade.

A Constituição Federal de 1988, a fim de garantir essa liberdade ao homem, não tolheu esse grande leque existencial em apenas uma configuração ou um artigo de lei, pelo contrário, o constituinte tomou o cuidado de estipular ao decorrer do texto constitucional grandes liberdades aos homens que Tavares (2012) assim o definiu e que se faz especial destaque: a liberdade de circulação e de locomoção; a

liberdade de pensamento; liberdade de informação, comunicação e expressão e a liberdade de consciência religiosa.

A liberdade da pessoa física é, na verdade, como sendo a primeira forma de liberdade adquirida pelo homem que buscou opor-se à escravidão. Esta situação, como se denota da construção constitucional, está presente e garantida pela liberdade de locomoção e pela liberdade de circulação, algo que o Art. 5º da Carta Magna, através dos seus incisos, estipulou

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Não haveria de ser uma Constituição garantidora de direitos se não observasse o direito fundamental de qualquer pessoa, que é o de locomover-se pelo território nacional (princípio da locomoção) através de vias terrestres ou meio aéreo (princípio da circulação). Este conjunto, conforme constrói Silva (2012) observa e garante a todos os brasileiros essa primordial possibilidade de mover-se respeitando as normas atinentes sobre as vias de circulação.

Outra liberdade prevista na Carta de 88 é o princípio da liberdade de pensamento, informação, comunicação e expressão, que embora possam se apresentar de formas singulares, se complementam naquilo que objetivam garantir, portanto, quando se falar em liberdade de expressão, se estará fazendo referência, também, aquilo que a concretiza e complementa.

Ainda citando os ensinamentos de Silva (2012) (grifos originais)

*a liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de *criação, expressão e manifestação do pensamento* e de *informação* [...]

Para Tavares (2012), quando a Constituição permitiu e garantiu que o indivíduo expressasse suas emoções, ou ainda que captasse experiências e ideias de outro, garantiu que se formasse a sua autonomia, como um ser único dentro da coletividade, alcançando, assim, um sentido em sua vida.

Entretanto, a possibilidade de expressão da pessoa humana não é suprema e independente de forma pois a própria Constituição Federal estipulou limites à ela. Bulos (2012) ensina bem sobre tal questão ao afirmar que a liberdade de expressão não seria um direito absoluto, pois o Art. 5º, X, da Constituição Federal, garante desde logo a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, e o desrespeito acarretará indenização por danos morais e materiais.

#### 4.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Em uma situação valorativa, provavelmente o princípio da dignidade da pessoa humana seria aquele de maior impacto e procedência com relação à liberdade e igualdade; longe de desvalorizar os referidos princípios de grande valia, a dignidade da pessoa humana está abarcada na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 1º, inciso III, como um princípio fundamental ao homem.

Moraes (2007, p. 16), entende o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo uma

unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia (sic) de predomínio das concepções transpessoalistas (sic) de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Trata-se, assim, da vontade que o constituinte teve em deixar claro que a vida humana não deve ser desrespeitada ou desvalorizada com relação ao próprio Estado. A dignidade humana é algo que não pode ser quantitativo, pois apresenta-se das mais diversas formas e conjuntos, sempre visando garantir e preservar a vida do homem, fazendo-se valer, assim, dos princípios constitucionais citados anteriormente, por exemplo.

Bulos (2012, p. 509) doutrina com exatidão o objetivo e função do referido princípio como sendo um vetor (grifos originais)

que agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucional supremo*. Por isso, o

primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social.

Seguindo na mesma linha de entendimento, Gomes e Canotilho (1991) são citados por Silva (2012, p. 105) que coloca a dignidade da pessoa humana como sendo

um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação (sic) valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Como alguns autores alhures colocaram, é um princípio supremo que norteia as relações e funções do Estado para com o homem, mostrando que este último tem direitos não apenas na esfera espiritual, como o direito de agir, pensar, manifestar-se ou a um credo religioso, mas também tem direitos físicos, como uma renda mínima, escolas, moradia, saúde pública. Não seria errado, então, entender que a liberdade e a igualdade seriam os meios para que se atinja e garanta a dignidade do homem.

Alguns doutrinadores, todavia, como Robert Alexy (1993) e Ingo Wolfgang Sarlet (2001) sendo citados por Tavares (2012) entendem que esta supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser, na verdade, relativa. Com base em jurisprudências do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Alexy coloca que há necessidade de ponderação sobre quais as circunstâncias em que poderá ser violado a dignidade humana. Sarlet, da mesma forma, demonstra que o mencionado Tribunal utiliza a dignidade da pessoa humana sempre em conjunto com um direito fundamental específico que, por sua vez, sempre poderá sofrer algum tipo de restrição.

Apesar do referido debate sobre a supremacia ou não do princípio constitucional, é inegável a importância que ele tem, algo que Bulos (2012, p. 509) definiu como sendo

a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (sic) (difusos, coletivos e

individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade humana começa a espertigar efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem.

Assim sendo, para finalizar tal questão mas não esgotá-la, ao homem não cabe a característica de ser um mero instrumento, mas sim, ele tem a capacidade de definir o seu próprio caminho, efetuando suas próprias decisões sem qualquer interferência externa nessa sua faculdade de pensar e decidir. Trata-se, desde logo, naquilo que Miranda (1988) colocou como sendo a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

#### **4.2 Da inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos**

No decorrer desse trabalho, buscou-se fazer uma construção sistemática do Direito de Família como um ramo do direito não desconexo dos princípios constitucionais. Apesar de possuir seus próprios princípios como trabalhado anteriormente, não se pode, desde logo, imaginar que as Famílias dentro do direito positivado não estão amparadas pela Grande Carta de 88; coube – não apenas a eles – aos princípios da igualdade, liberdade e da própria dignidade da pessoa humana a tarefa de nortear o Livro de Família do Código Civil de 2002.

Entretanto, em determinado momento do alusivo código, tais princípios foram sumariamente desconsiderados, fechando-se os olhos para a Constituição Federal de 88 e todas as garantias já mencionadas. A edição da Lei nº 12.344 de 2010 alterou o inciso II do Art. 1.641 do Código Civil de 2002, qual seja, hoje (grifos próprios):

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 inciso I e III do referido artigo já foram trabalhados em momento oportuno, agora, dedica-se o espaço para demonstrar o porquê do inciso II ser considerado inconstitucional pela doutrina de forma quase unânime.

Dias (2011) é clara quando nos informa ser completamente desarrazoado o

referido artigo, não apenas pela sua inconstitucionalidade, mas também pela sua visível afronta ao Estatuto do Idoso. Essa limitação de idade para a autora não configurou como uma norma protetiva (visando evitar o “golpe do baú”), mas se tornou uma verdadeira sanção para aqueles que tiverem mais de 70 anos e desejarem se casar.

Gagliano, e Pamplona Filho (2013) são bem mais enfáticos nessa questão, não apenas pela sua ótica puramente constitucional, mas também pela ausência daquilo que será chamado de “lógica prática” do artigo. Para os autores, manter o referido inciso pela alegação de proteção ao patrimônio do idoso não se coaduna, pois apenas uma pequena parcela da população brasileira efetivamente é abastada. Esse inciso da lei além de ferir o princípio da isonomia, fez nascer uma forma velada de interdição parcial do idoso.

E é justamente esse o ponto que os alusivos autores levantam; se existe efetivamente o receio do golpe ao idoso, que se utilize a família da instauração do processo de interdição, mas não já uma imposição legal. Pois se maiores de 70 anos podem presidir a República, fazer parte da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, por que não podem escolher o regime de bens pelo qual desejam se casar?

Villela ([1850?]), sendo citado por Gonçalves (2012, p. 466), faz uma síntese dessa afronta constitucional ao nos dizer que “a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade”. Na mesma linha de pensamento, cita-se o doutrinador Lôbo (2003, p. 242-243), que, a respeito do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos assim entende que

a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus.

Tartuce, e Fernando Simão (2012, p. 146), ainda, apresentam o entendimento dos juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil ao considerarem inconstitucional o referido inciso conforme o Enunciado nº 125 C/JF/STJ. Sendo:

a norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pátio da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas

idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Chaves, e Nelson Rosenvald (2009) concluem que a intervenção do Estado na esfera dos interesses privados com a edição do referido inciso se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade, liberdade e da própria dignidade da pessoa humana. Este é o mesmo entendimento de Madaleno (2002) ao defender que manter essa punição de separação obrigatória porque possuem mais de 70 anos é ignorar completamente os princípios elementares do direito constitucional. Isto atinge direitos cravados na porta de entrada da Carta Magna de 88, cujos valores colocam em linha a prioridade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para a doutrinadora Chinelato (2004, p. 290-291) qual seria a razão para essa obrigatoriedade?

inexiste razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 70 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz – e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio –, chega aos 70 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade. [...] Curiosamente, a lei presume tenham maturidade, vivência e discernimento para escolher o regime de bens pessoas que há pouco entraram na idade adulta: as que completaram dezoito anos, agora plenamente capazes.

Entende-se, assim, que os princípios constitucionais devem ser a chave e a base para a normativa da lei, não podendo o legislador, no caso em questão, ignorá-lo ou desconsiderar sua existência, pois os maiores de 70 anos são pessoas humanas como qualquer outra, merecedoras de respeito e consideração por todo o conhecimento e experiência que possuem. Deve caber, sim, ao Código Civil e a Constituição Federal de 88 garantir esses direitos esculpidos na nossa Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

Após a realização desta monografia, o que se pode afirmar é que a família, apesar de ser uma das formas mais antigas de relação entre duas pessoas, bem como, ter sofrido fortes influências e alterações de significado com o decorrer dos anos, apresenta como fato norteador de sua existência a criação de vínculos afetivos entre as pessoas e a transmissão da cultura por meio desta.

Sendo originada do direito romano, que vislumbrava uma família patriarcal, onde o pai era dono não apenas da mulher, mas dos filhos e das esposas destes, existia uma relação que tornava o pai desta família como o “senhor supremo”, se apresentando como um chefe político, sacerdote e juiz, não devendo prestar satisfações a outras esferas da sociedade.

O direito canônico, por sua vez, não colocava tal poder sobre o homem da família, mas entendia que a mulher deveria apenas servir ao lar e cuidar dos filhos enquanto ao homem caberia o dever de sustentar a família. Contudo, com a evolução social e necessidades oriundas das famílias, aos poucos essa definição foi se tornando obsoleta, e as mulheres começaram a assumir seu direito de escolha.

Apesar desta massiva evolução da sociedade e da própria jurisprudência no sentido de reconhecer novos tipos de família que não a matrimonial – como a família homossexual – o Código Civil de 2002 permaneceu obsoleto e incongruente com o dever que lhe fora imputado. Inclusive, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que se tornou mais atinente o fato de que se deve reconhecer e valorizar o ser humano acima de qualquer patrimônio.

Logo, entendo que a constante transformação e evolução – tanto social quanto legislativa – é necessária, pois não há de se falar em família sob uma ótica generalista de modelos prontos, justamente por envolver seres tão complexos como os humanos.

Destaco, desde já, que apesar das nossas leis brasileiras serem falhas nesse aspecto ao deixarem vestígios de antigas normativas jurídicas, o Código Civil de 2002 trouxe uma liberdade (mitigada) de escolha quanto ao regime de bens para os casamentos – e à união estável, possibilitando aos noivos escolherem entre a comunhão parcial de bens; a comunhão universal de bens; a participação final nos aquestos e, por fim, a separação de bens.

Na comunhão parcial de bens, apenas aqueles que forem adquiridos após o casamento que irão se comunicar. Na comunhão universal, os bens que cada

cônjuge trazer para o casamento irão se comunicar com aqueles que forem adquiridos de forma conjunta, formando um todo maior. Pela participação final nos aquestos, cada cônjuge mantém sua independência sobre os bens que possui em seu nome, devendo, contudo, no desfazimento da relação conjugal, ser levantado todos os lucros e dividendos para serem divididos em partes iguais; por fim, a separação de bens, é aquela em que todo o patrimônio é incomunicável.

Sendo alvo especial do trabalho, a crítica recai sobre o regime de separação obrigatória de bens, ou seja, aos casos em que a própria lei determina que no momento do casamento deverá ser adotado este regime. Em particular, para as pessoas maiores de 70 anos.

Apesar do Código Civil de 2002 ter evoluído no sentido de manter as possibilidades de escolha quanto ao regime, fora um regresso total o inciso II do Art. 1.641 do referido código. Qual o sentido em vedar a liberdade de escolha de uma pessoa em virtude da sua idade? Inexiste qualquer explicação plausível para isso, pois como já informa a Constituição Federal de 1988, pelos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, tais distinções beiram a aberração.

Alegam que tal inciso foi mantido para proteger o patrimônio do idoso, contudo, existem outras formas mais eficientes de se garantir este desejo se assim o for que não a própria lei tomar essa decisão por ele. Afinal, pela evolução da medicina que temos hoje em dia, pessoas de 70 anos além de possuírem plena capacidade intelectual são participativas, tendo muito a acrescentar na sociedade.

Sendo assim, quando me propus a encontrar o porquê do Código Civil de 2002 vedar esse poder de escolha dos septuagenários no momento do casamento, quando a própria Constituição diz que somos livres e iguais perante a lei, reconheço que não fui capaz de encontrar este porquê. Afinal, como informei, a lógica foi totalmente contrariada com este inciso.

O que afirmo e reitero pelo conhecimento adquirido deste trabalho é que o legislador rasgou a Constituição no momento em que redigia este trecho tão importante do Código, uma parte que diz respeito a vida de todos os brasileiros que almejam formar ou reconstruir uma família através de novos laços afetivos, não econômicos. Cabe, agora e tão somente, acreditar em uma mudança futura, onde o Código Civil de 2002 andarão alinhado com a nossa Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça (Org.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei 3071/16, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Senado Federal, 1916.
- \_\_\_\_\_. *Novo Código Civil*. Lei 10406/02, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CHAVES, C.; ROSENVALD, N. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, M. B.; PEREIRA, R. C. *Direito de família e o Novo Código Civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo curso de direito civil*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 1, p. 7-17, abr.-jun. 1999.
- LACAN, Jacques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas.: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2552>>.

Acesso em: 29 ago. 2015.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed., atual São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da família*. 2. ed., Portugal: Coimbra: 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. P. *Direito de família*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: GEN, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 13. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.