

SANDRA MARIA SILVEIRA E SILVA

**MAIORES DE 70 ANOS E O DESEJO DE SE CASAR:
IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA
DE BENS**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS

2013

SANDRA MARIA SILVEIRA E SILVA

**MAIORES DE 70 ANOS E O DESEJO DE SE CASAR:
IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA
DE BENS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação da professora Alessandra Dias Baião.

FIC – MINAS GERAIS

2013

“O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo, fará coisas admiráveis.”

José de Alencar

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Jesus, o que seria de mim sem a fé que eu tenho nele.

A minha maravilhosa filha Rebeca, aos meus amados pais (Pedro e Neuza), aos meus maravilhosos irmãos (Luciano, Júlio e Simone), aos meus preciosos cunhados (Márcio, Doroth e Rosa), e meus lindos sobrinhos e toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

À professora Alessandra Baião, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica.

Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes.

DEDICATÓRIA

Dedico essa vitória em especial aos meus maravilhosos pais Pedro e Neuza pelo grande amor, carinho e encorajamento nos momentos em que quis desistir e vocês estavam lá, desempenhando o meu papel de mãe, pai, educadores e professores do meu tesouro inestimável “Rebeca”. Agradeço a minha linda filha pelo amor e compreensão que nos momentos de ausência, stress, você me entendeu “TE AMO”.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	-	Artigo
Arts.	-	Artigos
CC/02	-	Código Civil de 2002
CC/16	-	Código Civil de 1916
CF/88	-	Constituição Federal de 1988
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	-	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	-	Tribunal de Justiça de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 12.344/2010, dispositivo esse que prevê a obrigatoriedade de adoção do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade. A imposição legal do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 (setenta) anos tem como razões de fundo a premissa de que, nessa idade, a senilidade conduziria o nubente à celebração de casamentos ruinosos sob o ponto de vista patrimonial. Como se tentará demonstrar, a imposição de regime de bens em razão da idade avançada do nubente, além de constituir uma indevida limitação da autonomia de vontade não se harmoniza com a Constituição Federal de 1988 e viola frontalmente, princípios e garantias constitucionais, tais como, a liberdade, a dignidade humana, bem como a autonomia da vontade privada.

Palavras chave: Idoso – Separação Obrigatória – Controle de Constitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
CAPITULO I - CAPACIDADE E PERSONALIDADE	14
1.1 Personalidade Jurídica e Seus Efeitos.....	15
1.2 Capacidade Civil em Geral e a Capacidade do Idoso.....	16
CAPITULO II - DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.1 Família: um Conceito em Construção.....	22
2.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família.....	24
2.3 Casamento Civil e União Estável.....	28
CAPITULO III - DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS	35
3.1 Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro.....	35
3.2 Fundamentos da Inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a imposição legal do regime separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos de idade que desejam se casar contida no art. 1.641, II do CC/02 à luz da CF/88.

Apresentam-se como objetivos deste estudo, a análise do art.1641, inciso II do CC/02, estudando doutrina e jurisprudência referentes ao tema.

Como metodologia de pesquisa, a presente monografia se utiliza de pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências dos tribunais pátrios, em especial do STJ, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema.

Como setores do conhecimento o estudo se revela transdisciplinar, considerando o inter cruzamento de informações em diferentes ramos do direito, tais como, Direito civil e Constitucional.

O problema apontado tem como justificativa de que, a manutenção do referido dispositivo no ordenamento jurídico pátrio visa à proteção ora da pessoa do idoso, ora dos possíveis herdeiros.

Em face do exposto, pergunta-se: a imposição legal de regime obrigatório de bens a casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, é compatível com a Constituição da república de 1988?

Fundamenta-se o entendimento quanto à inconstitucionalidade na medida em que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, da igualdade e da liberdade obstam a imposição de determinado regime de bens tão somente em razão da idade do nubente.

Por outro lado, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e a especial proteção constitucional ao idoso não autorizam que, a pretexto de se conferir cuidado qualificado à pessoa de avançada idade, seja-lhe tolhido o direito à livre escolha do regime de bens a ser adotado no casamento.

Isso porque, para fazê-lo, há que se verificar na situação fática alguma limitação intelectual em sua capacidade de manifestação de vontade.

Tomando, pois, por marco teórico o entendimento esposado pela desembargadora Maria Berenice dias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul , pretende-se estabelecer a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens imposta ao maior de setenta anos.

Confere-se abaixo julgado do egrégio TJRS:

Casamento celebrado pelo regime de separação obrigatória de bens por implemento de idade. União estável anterior ao casamento. Direitos sucessórios. Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens.
Apelo provido.

1

Como ganho social, espera-se com este estudo contribuir para uma nova visão com relação aos idosos, uma vez que a expectativa de vida tem aumentado e, assim, pessoas acima de setenta anos não podem ser vistas como incapazes, tampouco, inúteis.

Quanto ao ganho acadêmico, um estudo dessa natureza incentiva o debate quanto à manutenção de dispositivos que violam direitos e ferem a ordem constitucional, restando demonstrada a necessidade de questionamento a fim de pensar e repensar o tema abordado.

A presente monografia será dividida em três capítulos, sendo que no primeiro deles serão abordados o instituto da personalidade jurídica e capacidade civil, tratando também da capacidade civil do idoso.

Já o segundo capítulo abordará o direito de família, o conceito de casamento, os institutos de direito a ele atinentes e os princípios constitucionais correlatos.

¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7.^a Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 70017318940**. Data do Julgamento: 20/12/2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 14/11/2013.

Por fim, o terceiro capítulo tratará do controle de constitucionalidade, suas espécies e pressupostos, determinando a inconstitucionalidade de imposição do regime de separação de bens aos septuagenários.



CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Inicialmente, em face do tema proposto, faz-se necessário apresentar alguns conceitos essenciais à compreensão deste trabalho. São eles: idoso, separação obrigatória e controle de constitucionalidade.

A figura do idoso no ordenamento jurídico brasileiro, cujo conceito se extrai do próprio art. 1º da Lei n.º 10.741/2003: “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”².

Ainda, segundo o dicionário Aurélio, idoso pode ser definido como “quem tem bastante idade”.³

Desse modo, pode-se concluir que idoso, no direito brasileiro, é todo aquele que tenha idade igual ou superior a sessenta anos de idade.

O regime de separação de bens é aquele regime de bens em que “cada cônjuge terá seu patrimônio separado”⁴.

Fábio Ulhoa conceitua a separação obrigatória como o regime em que a lei “não deixa à livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio”⁵.

Segundo Maria Helena Diniz:

O regime de separação de bens (CC, art.1.687) vem a ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio.

Ainda, como de conhecimento, a norma editada precisa guardar consonância com as disposições constitucionais, mediante o controle de constitucionalidade, que se traduz no meio de “[...] verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de

² BRASIL. **Lei n.º 10.741 de 1.º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13/11/2013.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 371.

⁴ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.047.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol. 5: Direito de Família**, 24ª ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 188.

um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.⁶

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho controle de constitucionalidade visa

[...] verificar a adequação de uma lei ou ato normativo com a Constituição, nos seus aspectos formais e matérias; O controle de constitucionalidade é um “juízo de adequação da norma infra constitucional (objetivo) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verticalização da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de incompatibilidade material ou formal com a constituição.”⁷

Para Pedro Lenza, controle de constitucionalidade são [...] “mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na Lei Maior.”⁸

Segundo Alexandre de Moraes “Controle de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade ou adequação entre um ato jurídico qualquer (atos normativos e entre eles a lei) e a Constituição, no aspecto formal e material”.⁹

Após conceituar as palavras chaves, passa-se a tratar do tema proposto, a saber, imposição do regime da separação obrigatória de bens.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.

⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional** – 17 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 320.

⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. P.219.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

CAPITULO I - CAPACIDADE E PERSONALIDADE

Inicialmente, convém tratar da personalidade jurídica e da capacidade civil, a fim de determinar quem são as pessoas cuja faculdade de praticar determinados atos da vida civil são limitados pelo CC/02.

Isso porque, existe entre os conceitos de personalidade e capacidade essencial diferença, visto que uma pessoa pode ser dotada de personalidade e, no entanto, não possuir capacidade de fato.

O art. 1º do CC/02 expressa que toda pessoa é sujeito de direitos, conforme se extrai de sua redação: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁷

Nessa esteira , confere-se o entendimento de Hans Kelsen acerca do que é pessoa:

[...] pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. [...] define-se o conceito de pessoa como “portador” de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo, mas também estas outras entidades. [...] Se é o indivíduo o portador dos direitos e deveres jurídicos considerados, fala-se de uma pessoa física; se são estas outras entidades as portadoras dos direitos e deveres jurídicos em questão, fala-se de pessoas jurídicas.⁸

Extrai-se da lição acima que pessoa é todo aquele passível de ser dotado de direitos e obrigações no âmbito jurídico e social, isto é, pessoa é o mesmo que sujeito de direitos e obrigações.

A capacidade civil, por sua vez, é instituto de direito civil que habilita a pessoa a praticar determinados atos da vida civil, havendo, no entanto algumas particularidades que serão estudadas no decorrer deste capítulo, especialmente quanto à capacidade de direito, de fato, bem como a capacidade civil do idoso, por interessar ao tema ora em discussão.

Assim sendo, passa-se a abordar a personalidade jurídica e seus efeitos, bem como a capacidade civil geral e especificamente quanto ao idoso.

⁷ BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/11/2013.

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Título original: Reine Rechtslehre. Traduzido por João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999, p. 120.

1.1 Personalidade Jurídica e Seus Efeitos

Quanto à personalidade jurídica, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona a definem como sendo a “aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”.⁹

Quanto às figuras da pessoa e da personalidade jurídica, Hans Kelsen explica que

‘Ser pessoa’ ou ‘ter personalidade jurídica’ é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. A pessoa, como ‘suporte’ de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora - da mesma forma que uma árvore da qual dizemos, numa linguagem substantivista, expressão de um pensamento substancializador, que tem um tronco, braços, ramos, folhas e flores não é uma substância diferente deste tronco, destes braços, ramos, folhas e flores mas apenas o todo, a unidades destes elementos. A pessoa física ou jurídica que “tem” - como sua portadora - deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação desta unidade.¹⁰

Já para César Fiuza, “personalidade é atributo jurídico que dá a um ser *status* de pessoa”¹¹.

Desse modo, pode-se compreender a personalidade jurídica como o instituto jurídico que confere ao indivíduo ou ente natureza de pessoa e por conseguinte, outorga-lhe direitos e obrigações na órbita jurídica.

Ainda, da redação do art. 2.º do CC/02 se extrai que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.¹²

No tocante ao contido no artigo supra mencionado, Venosa afirma que “[...] em nosso código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade”.¹³

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume I: Parte Geral**. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 123.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito. Título original: Reine Rechtslehre**. Traduzido por João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999. p. 121.

¹¹ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 121.

¹² BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/11/2013.

Logo, ao adquirir personalidade jurídica, o ente passa a ter a faculdade de agir enquanto sujeito de direitos, protagonizando atos da vida civil e realizando negócios jurídicos, todavia, o CC/02 determina que a aquisição de personalidade jurídica da pessoa natural depende do nascimento com vida.

Todavia, se é verdade que toda pessoa é um sujeito de direitos, também é certo que nem todo sujeito de direitos é pessoa, conforme se extrai da lição de César Fiuza, que afirma que “há alguns sujeitos de direitos despidos de personalidade”.¹⁴

É o caso, justamente, do nascituro, motivo pelo qual o art. 2º do CC/02 determina que os direitos do nascituro devem ser postos a salvo.

A esse respeito, Venosa afirma que “mesmo o nascituro, isto é, aquele concebido, mas ainda não nascido, apesar de ainda não ter personalidade, já terá, em nosso direito positivo, resguardados seus direitos.”¹⁵

Assim, embora não possua personalidade jurídica, pode-se dizer que o nascituro possui expectativa de direitos, que devem ser resguardados.

Dessa maneira, pode-se afirmar que, em regra, o principal efeito da personalidade jurídica é outorgar ao ente a condição de pessoa, natural ou jurídica, bem como conferir-lhe a aptidão para ser sujeito de direitos, excetuados os casos em que a lei determine direitos e obrigações a entes que não possuem personalidade.

1.2 Capacidade Civil em Geral e a Capacidade do Idoso

César Fiuza entende que a capacidade civil é um dos atributos da personalidade jurídica, definido-a como “a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de obrigações [...] é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para exercício de atos da vida civil”.¹⁶

¹³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 142. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Volume I: Parte Geral. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

¹⁴ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 121.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 02.

¹⁶ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 128.

Todavia, existe diferença entre a capacidade civil de direito e a capacidade civil de fato.

A respeito da capacidade de direito, a lição de Carlos Roberto Gonçalves ensina:

O art. 1º do novo Código entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda 'pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil'. Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.¹⁷

Desse modo, a capacidade de direito é aquela que a pessoa assume ao adquirir personalidade jurídica.

Todavia, a simples aptidão conferida pela capacidade de direito não dá à pessoa a capacidade de exercício de fato dos atos da vida civil, como, por exemplo, assinar contratos ou mesmo casar-se.

Para César Fiuza:

[...] além da capacidade de direito, ou seja, desse mero potencial, é necessário para o exercício da vida civil pode efetivo, real, que nos é dado pela capacidade de fato [...] capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil".¹⁸

Assim, a capacidade de fato é o que habilita a pessoa a protagonizar os atos da vida civil, atuando na esfera jurídica, donde se conclui que todo aquele que possui personalidade jurídica possui capacidade de direito, mas nem todo aquele que possui capacidade de direito a possui de fato.

Carlos Roberto Gonçalves esclarece que "quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada [...]. São, por isso, chamados de 'incapazes'"¹⁹.

Isso porque, para fazer jus ao exercício efetivo da capacidade de direito e ser considerado plenamente capaz, o indivíduo deve apresentar "certas qualidades ou requisitos, sem as quais o indivíduo será considerado incapaz"²⁰.

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Volume 1: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71.

¹⁸ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 128-129.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Volume 1: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

Essa limitação da prática de determinados atos da vida civil se embasa na necessidade de se protegerem pessoas que, por questões fisiológicas ou etárias, não possuem discernimento para conduzirem e administrarem com segurança suas próprias vidas.

A incapacidade da pessoa pode ser absoluta ou relativa, conforme elucida Venosa:

a incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa de exercer pessoalmente os atos da vida civil. E necessário que outrem o faça por ela. A incapacidade relativa, por sua vez, permite o exercício parcial dos atos da vida civil.²¹

Assim, na incapacidade absoluta, a pessoa somente pratica os atos da vida civil por meio de um representante. E na incapacidade relativa, o incapaz poderá praticar os atos, desde que assistido por seus pais, tutor ou curador, que autorizará a prática de determinados atos.²²

O rol dos incapazes, tanto relativa quanto absolutamente, está nos arts. 3º e 4º do CC/02, de cuja redação se extrai:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art.4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.²³

Como se vê, a regra insculpida nos arts. 3º e 4º determina restrição dos direitos das pessoas nela elencados, motivo pelo qual é lícito afirmar que todo

²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 05.

²² FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 130.

²³ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/11/2013.

aquele que não se encontre em alguma das hipóteses dos referidos artigos, não poderá ter a sua capacidade de fato limitada.

Nessa esteira, observa-se que no rol dos civilmente incapazes não consta os maiores de setenta anos de idade, sendo certo que para estes a limitação de algum direito na esfera cível deverá ser precedida do processo de interdição, nos termos do art. 1.767, do CC/02, que dispõe:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.²⁴

Convém observar nesse pormenor a similaridade que exista entre os incisos I, III, IV e V do art. 1.767 do CC/02 com os incisos II, do art. 3º, bem como II, III e IV do art. 4º do mesmo diploma legal, respectivamente no que tange às hipóteses de incapacidade por discernimento reduzido e as pessoas sujeitas à curatela pelo mesmo motivo.

Ainda, o instituto da curatela, segundo Caio Mário da Silva Pereira se aplica a todo aquele que

por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão em condições de dirigir a sua pessoa ou administrar seus bens, posto que maiores de idade [...]. O pressuposto fático da curatela é a incapacidade: o pressuposto jurídico, uma decisão judicial²⁵.

Desse modo, para que uma pessoa tenha sua capacidade civil limitada, é necessário que ela se enquadre no contido nos arts. 3.º ou 4.º do CC/02, ou que esteja sujeita à curatela, sendo que nesse último caso, a limitação ou perda da capacidade civil somente ocorrerá mediante decisão judicial transitada em julgado.

Considerando o tema que se propõe a abordar neste estudo, convém tratar da capacidade civil do idoso e a possibilidade de que o mesmo tenha limitada a sua capacidade de fato.

²⁴ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/11/2013.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Volume V – Direito de Família**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.508 - 511.

Inicialmente, conforme já explicitado acima, os arts. 3º e 4º CC/02 e o art. 1.767 do CC/02, em momento algum incluem a pessoa do idoso no rol dos incapazes ou pessoas sujeitas à interdição e curatela.

Quanto à capacidade civil do idoso, Fábio Ulhoa afirma que

A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada na idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses. Se, pressentindo a proximidade do fim, quiser gastar considerável volume de suas reservas patrimoniais em atividades de pura diversão e lazer, poderá fazê-lo sem que os descendentes ou outros eventuais sucessores tenham direito de impedi-la. Não se pode considerar pródigo àquele que, não tendo responsabilidade pelo sustento e educação de mais ninguém, gasta ludicamente as economias construídas durante a vida²⁶

Ora, considerando o instituto da curatela, bem como o da capacidade civil, é lícito concluir que a limitação da prática de atos da vida civil de uma pessoa idosa somente ocorrerá se houver prova de que a mesma teve reduzido o seu discernimento.

Isso porque, conforme esclarece Fábio Ulhoa Coelho, a incapacidade nesse caso “não terá sido causada pela velhice, mas sim pela redução ou perda do discernimento. Isto é, sobreveio-lhe à mesma maneira que pode sobrevir para o jovem”²⁷.

É importante frisar que nos casos em que há comprovação da incapacidade do idoso apenas para gerir seus bens, o Juiz nomeará curador especial exclusivamente com essa função. A capacidade plena para os demais atos da vida civil, o idoso continua.

Diante disso, a incapacidade civil do idoso somente ocorrerá nos casos previstos no art. 1.767 do Código Civil, e a limitação da prática de quaisquer atos da vida civil, tais como, casar-se, empreender negócios jurídicos entre outros somente ocorrerá mediante o ajuizamento de uma ação de interdição.

Isso implica dizer que todo aquele que tenha adquirido capacidade plena somente poderá perdê-la mediante procedimento específico previsto em lei, de modo que o idoso é capaz até prova em contrário.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Parte Geral - Volume 1**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 192.

²⁷ Idem. p. 198.

CAPITULO II - DIREITO DE FAMÍLIA

O direito de família “[...]constitui complexo de normas disciplinares das relações de família [...]”²⁸.

Trata-se, pois, do ramo do direito que estuda as relações jurídicas na órbita familiar e as normas concernentes a esse ramo do direito se encontram, principalmente, entre os arts. 1.511 e 1.783 do CC/02.

A seguir, será abordada a família, o casamento, sua natureza jurídica, efeitos, celebração e regimes de bens, bem como a união estável. Por fim, serão estudados os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família.

Assim como a sociedade evolui, também a ideia de família e casamento se desenvolve, como resultado da própria evolução humana, consoante se extrai da lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem a organização familiar, inicialmente, se estruturava em torno da figura do *paterfamilias*.²⁹

No próprio Direito Civil Brasileiro, é possível observar a influência dessa concepção no revogado Código de 1916, cujas disposições, dentre outras, determinavam o chamado *pátrio poder*, cujo exercício cabia ao homem.

É bom que se note que essa organização não levava em consideração o afeto como principal liame entre os membros de uma família, sendo certo que a sua formação possuía caráter meramente material e até mesmo econômico.

A esse respeito, Venosa afirma que “no Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família”.³⁰

É o que se extrai da lição de Caio Mário da Silva Pereira:

[...] a noção conceitual de família não pode ser imutável. [...] sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.³¹

²⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V: Direito de Família**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 36.

²⁹ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V: Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.14.

³⁰ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família. Vol. VI**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 18.

³¹ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V: Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 52.

Independentemente de qual visão se adote acerca da família e do casamento, certo é que a sua existência e o fundamento sobre o qual se formam são a ênfase para que ocorram fenômenos sociais que atestam o avanço da humanidade.

2.1 Família: um Conceito em Construção

Anteriormente, o motivo que levava as pessoas a se organizarem em unidades familiares era meramente financeiro e até mesmo político.

Todavia, no mundo contemporâneo, o cerne da constituição familiar se encontra em conceitos atrelados à afeição, de modo que os direitos familiares são exercidos em igualdade de condições.³²

E é assim que tanto no casamento quanto na organização familiar atual, há que haver isonomia do casal no tocante às responsabilidades, bem como aos direitos, ao invés de simplesmente concentrar-se o seu exercício nas mãos de apenas um deles.

Tanto é verdade que o próprio legislador, ao editar o Código Civil de 2002, estabelece que o objetivo do casamento é “[...] comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.³³

O afeto, enquanto elemento formador da família é reconhecido no próprio texto constitucional, de cuja disposição se segue:

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

[...]

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

[...].³⁴

Ao reconhecer o afeto como finalidade da organização familiar, a CF/88 e o legislador infraconstitucional acabaram por ampliar o conceito de família e entidade familiar, outrora restrito tão somente ao casal heterossexual casado e sua prole.

Para Fábio Ulhoa Coelho, as famílias podem ser classificadas em constitucionais e não constitucionais. Isso porque a CF/88 elenca em seu art. 226,

³² Idem. p. 54.

³³ BRASIL. **Lei. 10.406 de 10 de janeiro de 2001**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/10/2013.

³⁴ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

três entidades familiares, a saber: “as fundadas no casamento, as uniões estáveis entre homem e a mulher e as famílias monoparentais”.³⁵

Para o referido autor, as demais entidades familiares são consideradas não constitucionais sem, contudo, deixarem de ser consideradas famílias e merecerem proteção da ordem jurídica.³⁶

Quanto às espécies de família, convém tratar de algumas delas, a saber: famílias matrimoniais, monoparentais, reconstituídas, naturais, substitutas, homoafetivas e eudemonistas.

Dentre as famílias constitucionais, a chamada família matrimonial é aquela que decorre do casamento, ao passo que as monoparentais, conforme o texto constitucional determina, seria formada por qualquer dos pais e seus descendentes, decorrendo do divórcio, viuvez, adoção ou mesmo inseminação artificial³⁷.

Nesse contexto, fala-se também nas chamadas famílias reconstituídas que, nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira “nascem de um novo relacionamento (casamento ou união), onde um dos cônjuges ou companheiro (ou ambos) compõe a família com filhos de relações anteriores”³⁸.

O referido autor também menciona a diferenciação havida entre a família natural, definida como “a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”³⁹.

Entretanto, Tânia da Silva Pereira⁴⁰ ressalta que os irmãos não podem ser afastados do conceito de família natural em virtude do direito fundamental à convivência familiar.

A família substituta por sua vez, segundo Caio Mário da Silva Pereira, é aquela formada por qualquer outro dos ascendentes sob a forma de guarda ou tutela⁴¹.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

³⁶ Idem. p. 134.

³⁷ Ibidem. p. 147.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume V: Direito de Família**. 20.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 35.

³⁹ BRASIL. Lei n.º 8.069/90. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/11/2013.

⁴⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79. *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume V: Direito de Família**. 20.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 26.

⁴¹ Idem. p. 26.

Fábio Ulhoa Coelho menciona também as famílias formadas “por pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos”⁴². A essa espécie de família, denomina-se família homoafetiva.

Convém, por fim, tratar da família eudemonista, cujo conceito é consequência da evolução que a própria estrutura familiar vem passando e que é trazido pelo eminente desembargador Eduardo Andrade do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]- Após o advento da Constituição Federal de 1988, surgiu um novo paradigma para as entidades familiares, não existindo mais um conceito fechado de família, mas, sim, um conceito eudemonista socioafetivo, moldado pela afetividade e pelo projeto de felicidade de cada indivíduo. Assim, a nova roupagem assumida pela família liberta-se das amarras biológicas, transpondo-se para as relações de afeto, de amor e de companheirismo. [...]⁴³

Assim, a família eudemonista é o consequência da evolução da família, tendo como fundamento e principal objetivo a promoção da felicidade dos seus membros, bem como as relações familiares estabelecidas com base no afeto.

2.2 Princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família

Certo é que a Constituição da República é o fundamento de validade de toda norma jurídica, bem como se traduz no norteador da interpretação e aplicação das leis.

Suas normas incidem sobre todo o Ordenamento Jurídico e, em relação às normas ligadas ao direito de família, não poderia ser diferente.

Por esse motivo, passa-se a discorrer sobre os princípios constitucionais inerentes ao ramo do direito do tema abordado, a saber, dignidade humana, isonomia, liberdade, autonomia privada, razoabilidade e proporcionalidade.

A dignidade humana é prevista pelo art. 1º, inciso III da CF/88 e constitui fundamento do próprio estado democrático de direito.

Ainda, a lição de Miguel Reale ensina que

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 20.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n.º Cv 1.0115.12.001451-5/001**. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. Data do Julgamento: 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

O homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, identificando-se seu ser com a sua valia. De todos os seres, só o homem é capaz de valores, e as ciências do homem são inseparáveis de estimativas [...] No centro de nossa concepção axiológica situa-se, pois, a ideia do homem como ente que, a um só tempo, é e deve ser, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência.⁴⁴

Assim, a dignidade humana enquanto fundamento da República visa à proteção da pessoa, eis que a ofensa à sua dignidade é violar sua condição de ser humano.

A respeito da dignidade humana, a lição de Nelson Roselvald e Cristiano Chaves Farias esclarece que:

[...] impõe reconhecer a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e para sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar a vida com dignidade.⁴⁵

Assim sendo, a dignidade humana deve constituir norte da hermenêutica jurídica, haja vista que a sua violação é, com efeito, afronta ao próprio Estado democrático de Direito.

No tocante ao princípio da igualdade, destaca-se que a Carta Cidadã de 1988⁴⁶ afirma em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei.

Ainda, a mesma CF/88 determina em seu art. 226, §5º que: “[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”⁴⁷

O texto constitucional assinala importante evolução no que concerne a visão que se tem do casamento na sociedade brasileira, pois, no Código Civil de 1916, havia uma divisão entre os direitos e deveres do homem e os direitos e deveres da mulher (arts. 233 a 239 e 240 a 255, respectivamente).

A esse respeito, Maria Berenice Dias afirma que

⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva: 1999. p. 210-211.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 98.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

Não bastou a Constituição Federal proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade já no seu art. 5.º, ao dizer que todos são iguais perante a lei. Mas foi além. De modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal.⁴⁸

Desse modo, vê-se que o texto constitucional consagra a igualdade tanto entre os cidadãos, quanto aos cônjuges no âmbito familiar.

Por fim, a autora trata do princípio da igualdade como catalisador da consciência da condição de cidadão na busca por fazer valer seus direitos, ao afirmar que “a conscientização do conceito de cidadania leva ao descobrimento da possibilidade de vindicar o reconhecimento dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente e descortina os meios de os fazer cumprir”⁴⁹.

A ideia de liberdade está ligada à autonomia da vontade, afinal, ser livre para agir dentro de um grupo social é, de fato, exercer com autonomia todos os atos volitivos, tendo como limite aquele imposto pela norma jurídica.

Com efeito, a liberdade está consagrada no inciso II do art. 5º da CF/88, que preconiza: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei”.⁵⁰

Paulo Márcio Cruz:

a liberdade manteve, historicamente, esta finalidade como sua característica essencial. Como consequência, desde o princípio da garantia da liberdade implicou a proteção de um conjunto de direitos da pessoa humana, assegurando-lhe um âmbito próprio de autonomia e autodecisão. Isto equivaliu ao reconhecimento de uma esfera própria de cada indivíduo, na qual não se devem imiscuir instâncias estranhas a ela e ante a qual devem deter-se aos poderes do Estado. Esta esfera própria se cria através da definição e proteção de diversos direitos, além da instrumentalização de garantias jurídicas para torná-los eficazes.⁵¹

Convém mencionar o entendimento esposado por Alexandre de Moraes acerca do que se pode definir como sendo o direito à liberdade:

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: Inconstitucionais Limitações Ao Direito De Amar**. In *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. Editora Método: São Paulo, 2004. p. 265.

⁴⁹ Idem. p. 266.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27/10/2013.

⁵¹ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008, p.153.

[...] um valor espiritual e moral inerente a 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.⁵²

Assim, embora seja a lei o principal limitador da liberdade de agir, é certo que, ao ser imposta, essa limitação deverá ter como baliza os demais direitos e garantias do cidadão, de modo a evitar que, em limitando excessivamente a sua faculdade de agir, não lhe extirpe a condição essencial de ser humano.

Por fim, cumpre mencionar o entendimento acerca da razoabilidade e da proporcionalidade, apontados por Pedro Lenza⁵³ como princípios de hermenêutica constitucional, de modo que é sem sombra de dúvida que se aplicam ao estudo ora empreendido.

Com efeito, ao analisar interpretação de determinado dispositivo, há que se levar em conta se o mesmo atende ao escopo de pacificação e harmonia social que se busca atingir com a edição de uma norma jurídica.

Karl Larenz, citado por Lenza, afirma a respeito desses princípios que os mesmos se prestam:

de ordinário, para aferir a legitimidade restrições de direitos [...] consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins [...] e, ainda, enquanto princípio geral do Direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.⁵⁴

Desse modo, diante de um fato social em cujo seio a norma jurídica vem trazer restrição a algum direito e/ou garantia fundamental, por exemplo, a liberdade, há que se tomar como limite da legitimidade dessa norma, a razoabilidade e a proporcionalidade.

2.3 Casamento Civil e União Estável

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo, 2003. p.61.

⁵³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 1989. P. 585-586. *Apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

O casamento civil pode ser conceituado como “união estável e formal entre homem e mulher, com o objetivo de satisfazer-se e amparar-se mutuamente [...]”⁵⁵.

Segundo Fiuza⁵⁶, o casamento pressupõe união estável na medida em que se trata de uma situação que vincula o casal, distinguindo-se do namoro e do noivado, sendo que a formalidade se manifesta no rito prescrito em lei para a sua celebração, diferenciando, dessa forma, o casamento civil da união estável pura e simples.

No tocante à natureza jurídica do casamento, importa registrar que três são as principais correntes que buscam trazer a sua definição: contratualista, institucional e mista.

As diferentes correntes que visam esclarecer acerca da natureza jurídica do casamento contam com vários adeptos em cada uma das diferentes concepções, destacando-se na seara contratualista Caio Mário da Silva Pereira.

Para o referido doutrinador, a natureza jurídica do casamento pode ser entendida da seguinte forma:

um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.⁵⁷

Em contrapartida, dentre os defensores do casamento enquanto instituição, salienta-se a figura de Washington de Barros Monteiro⁵⁸, que fundamenta seu entendimento no fato de que o casamento reflete uma situação jurídica no âmbito social.

Silvio de Salvo Venosa traz, por fim, uma concepção mista da natureza jurídica do casamento, esclarecendo a esse respeito que: “em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição.”⁵⁹.

⁵⁵ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1031.

⁵⁶ Idem. p. 1031.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.52.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Vol. 2: Direito de Família**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.153.

⁵⁹ VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família. Vol. VI**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.41.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁶⁰, a concepção mista, que situa o casamento entre o contrato e a instituição de direito, é a mais difundida atualmente.

Pois bem. Como estudado acima, o casamento é um ato formal, e a sua realização compreende duas etapas, a saber: habilitação e celebração.

No que diz respeito à habilitação, Fábio Ulhoa Coelho explica que:

Nela, após o requerimento dos noivos, o oficial do registro civil providencia a publicação dos proclamas, mediante a afixação do edital nos cartórios (das circunscrições dos domicílios dos dois pretendentes) e publicação pela imprensa, se houver. Também na fase de habilitação podem-se processar as oposições, fundadas em impedimento ou causa suspensiva. [...] Se não houve oposição ou se o processo não tiver sido arquivado em razão de impedimento, ele terá prosseguimento com a manifestação do Ministério Público e homologação judicial (CC, art. 1.526). Homologada a habilitação, o oficial expede a correspondente certificação⁶¹

Desse modo, a primeira etapa da formalização do casamento depende de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, com a expedição da respectiva certidão de habilitação.

Já a celebração do casamento se reveste de ritualística solene. O requerimento é feito pelos nubentes ao oficial do cartório. Quanto à sua realização, Fábio Ulhoa Coelho esclarece que:

A cerimônia do casamento, que deve ocorrer num prédio de portas abertas, é marcada por algumas falas sacramentais. Depois de cada contraente manifestar de modo claro sua livre e espontânea vontade de casar, o celebrante os declara solenemente casados. Proferidas essas falas, o ato está consumado. Em seguida é lavrado o assento, que deve ser assinado pelo oficial do registro, celebrante, testemunhas e cônjuges. [...] O assentamento é formalidade de natureza meramente comprobatória, exceto quando destinado a conferir efeitos civis a cerimônia religiosa, quando tem força constitutiva [...].⁶²

Desse modo, verifica-se a formalidade de que se reveste a celebração, bem como a solenidade da cerimônia do casamento, sendo que a lavratura do assento de casamento assinala a comprovação do ato.

Ainda, certo é que a celebração do casamento importa em consequências de diversas naturezas. São os chamados efeitos do casamento, os quais se subdividem

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75.

⁶¹ Idem. p.53.

⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

em sociais, pessoais e patrimoniais e são definidos por Maria Helena Diniz como sendo as

consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres, disciplinados por normas jurídicas.⁶³

Por efeitos sociais, pode-se entender aqueles ligados à legitimação da família e também ao chamado estado de casados que, segundo Maria Helena Diniz⁶⁴, se constitui em fator de identificação dos cônjuges no grupo social em que estejam inseridos, visto que a sociedade conjugal é o núcleo da família.

Já no âmbito pessoal, a autora afirma que os efeitos do casamento se traduzem nos direitos e deveres dos cônjuges, um para com o outro⁶⁵.

Por fim, podem-se observar os efeitos patrimoniais nas relações econômicas subordinadas ao regime de bens. São, em apertada síntese, os direitos e deveres dos cônjuges no que tange ao patrimônio⁶⁶.

O regime de bens, enquanto efeito patrimonial, determina ao casal a composição de seu patrimônio, a sua administração, comunicabilidade dos bens e o destino dos mesmos na hipótese de divórcio do casal.

Para Rui Ribeiro de Magalhães⁶⁷, o regime de bens do casal constitui

o complexo de normas que incide sobre o patrimônio familiar e que serve para regulamentar a sua composição, direitos e deveres patrimoniais dos cônjuges, interesses dos filhos, de terceiros e o destino a lhe ser dado por ocasião do fim da sociedade conjugal.

Assim, em uma análise preliminar, pode-se concluir que o regime de bens é a consequência jurídica patrimonial que recai sobre o casal por ocasião da realização do casamento.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro - Vol. 5: Direito de Família**. 24 ed. Reformulada. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 123.

⁶⁴ Idem. p. 123.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro. Vol. 5: Direito de Família**. 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2004. p.123.

⁶⁶ Idem. p.123.

⁶⁷ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 221.

No tocante aos diferentes regimes de bens, registra-se, por oportuno que quando o regime escolhido é o de comunhão parcial, “basta o registro da declaração feita pelos nubentes nesse sentido nos autos do processo de habilitação”.⁶⁸

Todavia, caso os noivos optem por outra modalidade de regime de bens, necessário será a lavratura de um pacto antenupcial, cuja definição é trazida por Fábio Ulhoa Coelho:

O pacto antenupcial é celebrado necessariamente por escritura pública, e claro, antes da cerimônia do casamento. Nele, os nubentes podem contratar qualquer disposição acerca dos efeitos patrimoniais do matrimônio, desde que não contrariem disposição cogente da lei. A celebração do pacto antenupcial é obrigatória sempre que o regime de bens adotado não for o da comunhão parcial.⁶⁹

Nesses termos, o pacto antenupcial constitui exigência legal para que os nubentes adotem qualquer outro regime de bens que não o da comunhão parcial de bens.

Com essas considerações, passa-se a abordar cada um dos regimes em espécie, a saber: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens.

Assim como os demais regimes de bens, conforme se verá a seguir, a definição do regime de comunhão parcial de bens é legal, trazida pelo texto do art. 1658, do CC/02, de cuja determinação se colhe que por esse regime “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento”⁷⁰.

Desse modo, pode-se concluir que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam nesse regime, de modo que aqueles adquiridos anteriormente não se comunicam, sendo essa a regra.

No tocante à comunhão universal de bens, comunicam-se todos os bens, presentes ou futuros, móveis ou imóveis, bem como dívidas e obrigações.

O casal é responsável pela administração e defesa de bens em face terceiros. À época do CC/16 a comunhão universal de bens era a regra no caso de os nubentes não optarem por algum outro regime, sendo que, atualmente, o regime legal é o da comunhão parcial de bens.

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

⁶⁹ Idem. p. 103.

⁷⁰ BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2001**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26/10/2013.

Considerando que, em regra, por esse regime todos os bens se comunicam, o legislador houve por bem determinar exceções, cujo rol se encontra no art. 1.668 do CC/02.

Já quanto ao regime de participação final nos aquestos, este é previsto pelo art. 1.672 do CC/02⁷¹, que determina que nesse regime cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhes por ocasião da dissolução do matrimônio, direto à metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento.

De um modo geral, o regime de separação de bens determina que os bens de cada um dos cônjuges, tanto os presentes quanto os futuros são de sua exclusiva propriedade, sendo que poderão aliená-los e gravá-los sem qualquer óbice, consoante se extrai da redação do art. 1.687 do CC/02⁷².

Finalmente, o regime da separação de bens importa na incomunicabilidade dos bens que cada um possuía ao se casar e também dos bens que se adquirem na constância do casamento. Há, portanto, dois patrimônios distintos: o do marido e o da mulher e não só o ativo de cada um é separado, como também o passivo.

Via de regra, nesse regime as dívidas assumidas por um dos cônjuges não atingem o patrimônio do outro, todavia, o pacto antenupcial poderá excepcionar alguns bens e/ou hipóteses, em função da autonomia da vontade dos cônjuges, tendo como limitação, por óbvio, expressa disposição legal e os princípios de direito.

Ainda, o art. 1.688 do CC/02⁷³ dispõe sobre a obrigatoriedade de cada um dos cônjuges de contribuir, na proporção de seus rendimentos, para as despesas do casal, salvo estipulação diversa no pacto antenupcial.

Com o fim da sociedade conjugal, cada cônjuge manterá a posse e a propriedade da totalidade de seus bens, cabendo aos herdeiros do falecido os bens que lhe pertenceram.

No caso da separação de bens, existem duas subespécies que importa diferenciar: convencional e legal.

Como o próprio nome estatui a separação convencional de bens é o regime adotado espontaneamente pelos nubentes, por meio da lavratura de um pacto antenupcial. Decorre, pois, da vontade do casal.

⁷¹ Idem.

⁷² BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27/10/2013.

⁷³ Idem.

Lado outro, o regime de separação obrigatória de bens decorre de expressa previsão legal e se presta a limitar a vontade das partes no que diz respeito à adoção do regime de bens por ocasião do casamento.

É o que se extrai da redação do art. 1.641 do CC/02:

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.

Importa para o presente estudo, em específico, o inciso II do dispositivo acima colacionado, pelo que passa-se a estudar a justificativa legal da sua redação.

Ao longo de décadas várias foram as mudanças no tocante à idade em que incidiria a norma limitadora da vontade das partes na adoção do regime de bens.

Inicialmente, havia diferenciação entre homens e mulheres, 60 (sessenta) e 50 (cinquenta) anos, respectivamente, até a promulgação da CF/88, ocasião em que a idade para ambos os sexos foi igualada para 60 (sessenta anos).

Com o advento da Lei n.º 12.344/2010, houve um acréscimo de dez anos na idade em que a regra do art. 1.641, inciso II, do CC/02 passaria a incidir.

Já no que diz respeito à união estável, César Fiuza a define como

[...] a convivência pública, contínua e duradoura sob o mesmo teto ou não, entre homem e mulher não ligados entre si pelo casamento, com a intenção de constituir família [...] a lei assegura aos companheiros o direito de requerer pensão alimentícia e o direito de suceder no patrimônio do outro. [...] Os bens adquiridos na constância da união presumem-se fruto do esforço comum, pertencendo a ambos em condomínio.⁷⁴

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a família constituída por união estável foi contemplada pela primeira vez na CF/88, que a tornou destinatária de proteção do Estado e afirma que se caso os companheiros não tenham lavrado o contrato de convivência, as relações patrimoniais se regerão segundo o regime de comunhão parcial de bens por ocasião de sua dissolução⁷⁵.

⁷⁴ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1059.

⁷⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.



CAPITULO III - DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Após estudar os institutos da personalidade jurídica, e da capacidade civil, chega-se à forçosa conclusão de que a pessoa com idade igual ou superior a setenta anos de idade, considerando apenas esse aspecto etário, deve ser considerada plenamente capaz até prova em contrário.

Com efeito, as relações familiares vêm evoluindo ao longo dos séculos e com elas, a própria sociedade também se desenvolve.

Conceitos são criados para compreender as novas relações que se formam, tendo sempre como baliza os princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, buscando adequar as regras aos ditames constitucionais.

Da mesma forma, a norma jurídica deve acompanhar essa evolução, de modo a atender ao escopo principal do Direito, que é a harmonia e pacificação sociais.

Nessa esteira, o controle de constitucionalidade surge como o meio mais eficaz de avaliar a coerência do ordenamento jurídico e manter a sua unidade⁷⁶.

Considerando o tema desta monografia, é chegado o momento de se abordar o controle de constitucionalidade.

Assim, tendo estudado os institutos da personalidade jurídica, bem como da capacidade civil e, ainda, tendo abordado a família, o casamento, as disposições legais a eles concernentes e os princípios constitucionais correlatos, passa-se a tratar, especificamente, do comando contido no art. 1641, inciso II, do CC/02 à luz da CF/88.

3.1 Análise do artigo 1641, II do Código Civil: Fundamentos de uma inconstitucionalidade

Antes de adentrar a esfera da inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/02, será abordado o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o controle concentrado, difuso e, ainda, as espécies de inconstitucionalidade, material e formal.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6.ed. Brasília: UNB. 1995. p. 71.

Isso porque, para que se compreenda os fundamentos da inconstitucionalidade do dispositivo ora sob análise, há que se estudar a maneira pela qual o controle de constitucionalidade ocorre no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1.1 Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro

Esse controle exercido, em regra, pelo Poder Judiciário se fundamenta principalmente no princípio da supremacia da Constituição, conforme a pirâmide idealizada por Kelsen, na qual a Constituição, sendo o vértice do sistema jurídico, conferirá validade a todos os atos e normas efetivados pelo Estado, na medida em que se harmonizem com as suas disposições.⁷⁷

Para Luís Roberto Barroso “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos do Estado”⁷⁸.

Assim sendo, em breves linhas, entende-se o controle de constitucionalidade como o meio de se observar no Ordenamento Jurídico a supremacia da própria Constituição, impondo limites à atuação do Estado, bem como a seu poder legiferante.

Dentre as espécies de controle de constitucionalidade, passa-se a estudar os controles concentrado e difuso.

Em relação ao controle concentrado, Pedro Lenza⁷⁹ esclarece que essa nomenclatura deriva do fato de que o controle se concentra em um único tribunal, a saber, o Supremo Tribunal Federal.

Quanto à definição do controle concentrado, a lição de Alexandre de Moraes elucida que

esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual [...] Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade

⁷⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 1522.

⁷⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.

da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto [...]⁸⁰

Para Zeno Veloso, justifica-se a necessidade do controle concentrado pelo fato de que a vigência de uma norma contrária à Constituição caracteriza afronta à hierarquia constitucional, e representa “fator de insegurança que fere, profundamente, a ordem jurídica, desestabilizando o sistema normativo, reclamando providência expedita e drástica para a eliminação do preceito violador”.⁸¹

O referido doutrinador esclarece, também, que esse controle é realizado “independentemente de qualquer ofensa ou lesão a direito individual [...], é o interesse público que fala mais alto. O princípio da supremacia da Constituição é que é o valor supremo, que precisa ser defendido e resguardado [...]”⁸².

Quanto a maneira pela qual o controle concentrado ocorre, destaca-se a ação direta de inconstitucionalidade - que pode ser genérica, por omissão ou interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Cabe ação direta de inconstitucionalidade genérica para

[...] declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor.⁸³

Assim, a ação direta de inconstitucionalidade genérica se presta a “retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo considerado inconstitucional”⁸⁴.

Para Alexandre de Moraes essa modalidade se funda na conduta negativa na qual

[...] consiste a inconstitucionalidade. A constituição determina que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.⁸⁵

⁸⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 760.

⁸¹ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 61.

⁸² Idem. p. 62.

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 761.

⁸⁴ Idem. p. 776.

⁸⁵ Ibidem. p. 806.

Lado outro, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, segundo Pedro Lenza busca “combater uma ‘doença’, chamada pela doutrina de ‘síndrome de inefetividade das normas constitucionais’”.⁸⁶

Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa sanar incompatibilidade entre um comando constitucional e a omissão do Estado no seu cumprimento.

Outra modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, denominada interventiva, possui como principal característica o fato de que nesse procedimento “quem decreta a intervenção não é o Judiciário, mas o Chefe do Poder Executivo.”⁸⁷

Trata-se de medida excepcional, tendo em vista que, em regra, a União, os estados, o distrito federal e os municípios possuem autonomia.

Alexandre de Moraes⁸⁸ cita como exemplo de ação direta de inconstitucionalidade interventiva a hipótese prevista no art. 34, VII, da CF/88, a fim de proteger os chamados princípios sensíveis.

Assim, caso alguma lei ou ato normativo viole, por exemplo, a forma republicana, o sistema representativo ou regime democrático, direitos da pessoa humana ou autonomia municipal, caberá ação direta de inconstitucionalidade interventiva que, uma vez julgada procedente, dará ensejo à intervenção normativa⁸⁹.

Ainda, a ação declaratória de constitucionalidade tem por escopo “[...] transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*) não mais se admitindo prova em contrário”.⁹⁰

Desse modo, pode-se preservar a ordem constitucional, afastando-se incerteza quanto à constitucionalidade de uma norma.

Por fim, a última modalidade de controle concentrado que será abordada neste trabalho é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja finalidade é afastar do ordenamento jurídico norma que apresente conflito com preceito fundamental oriundo de ato do Poder Público.

⁸⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

⁸⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 334.

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 805.

⁸⁹ Idem. p. 805.

⁹⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 352.

A competência para julgar essas ações é do Supremo Tribunal Federal e os legitimados ativos são aqueles do art. 103, da CF/88, a saber:

Art. 103 [...]

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁹¹

No que diz respeito aos efeitos da decisão do STF quando da realização do controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e eficácia contra todos⁹².

Quanto ao controle difuso, extrai-se da lição de Siqueira Jr.:

O controle de constitucionalidade difuso caracteriza-se pela possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal, ao analisar um caso concreto, verificar a inconstitucionalidade da norma, arguida pela parte como meio de defesa. Nesse caso, o objeto principal da ação não é a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo a mesma analisada incidentalmente ao julgamento de mérito. A declaração de inconstitucionalidade torna-se necessária para a solução do caso concreto em questão, ou seja, a apreciação de inconstitucionalidade tem o condão de decidir determinada relação jurídica, objeto principal da ação.⁹³

Nesses termos, o controle difuso se caracteriza “[...] pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição da república”⁹⁴.

Assim sendo, por meio dessa modalidade de controle de constitucionalidade qualquer juiz ou Tribunal que presida a causa pode realizá-lo, independentemente do grau de jurisdição, avaliando a pertinência de determinada norma com a constituição quando da análise do caso concreto.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/11/2013.

⁹² Idem. art. 102, §2º.

⁹³ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 146.

⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 744.

No tocante às espécies de inconstitucionalidade, existem duas modalidades, que serão estudadas a seguir: formal e material.

Na inconstitucionalidade formal

Há um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes.⁹⁵

Desse modo, a inconstitucionalidade formal ocorre quando a norma deixa de observar forma prescrita pela Constituição.

No tocante à inconstitucionalidade formal, Pedro Lenza a subdivide em formal orgânica e formal propriamente dita, consoante se extrai de sua lição:

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato. [...] Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo.⁹⁶

Nessa seara, o autor também destaca a chamada inconstitucionalidade formal subjetiva, quando a forma determina que a iniciativa para determinado ato ou edição de norma deva se fazer, por exemplo, exclusivamente na pessoa do Presidente⁹⁷.

Quanto à inconstitucionalidade material, Pedro Lenza destaca que “não nos interessa saber aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo. Por exemplo, uma lei discriminatória que afronta o princípio da igualdade”.⁹⁸

Pode-se concluir que a inconstitucionalidade material abarca não apenas incompatibilidade entre a norma e o texto constitucional, mas também, conflitos entre normas hierarquicamente inferiores e os princípios esposados pela Carta Cidadã.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso, citado por Lenza, afirma que

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode-

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

⁹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

⁹⁷ Idem. p. 232.

⁹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234.

se traduzir num confronto com uma regra constitucional [...] ou com um princípio constitucional [...] em desarmonia com o mandamento da isonomia.⁹⁹

Convém consignar que ambos os doutrinadores apontam como exemplos de inconstitucionalidade material o conflito havido entre normas infraconstitucionais e princípios esposados pela Constituição citando como exemplo o princípio da isonomia.

Destarte, tanto a incompatibilidade entre normas infraconstitucionais e o texto da constituição, quanto entre as normas e os princípios contidos no texto constitucional devem ser considerados inconstitucionalidade material, passível de controle de constitucionalidade.

3.1.2 Fundamentos da Inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil

Inicialmente, importa registrar que o Código Civil, enquanto lei federal, se subordina aos ditames contidos na CF/88, tanto regras quanto princípios, em face do princípio da supremacia da constituição, consoante abordado no item anterior.

Nessa esteira, convém destacar que a CF/88, em seu art. 3º, IV, determina que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹⁰⁰.

Ainda, a Carta Cidadã de 1988 preconiza em seu art. 230 que

a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.¹⁰¹

Após ter abordado o instituto da personalidade jurídica e da capacidade civil, estabelecendo que o idoso não pode ter sua capacidade de fato limitada tão somente em função de sua idade e, considerando os princípios constitucionais

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. p. 29. *Apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234.

¹⁰⁰ BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

¹⁰¹ *Idem*.

abordados no capítulo anterior o questionamento acerca da pertinência do comando insculpido no art. 1641, II, do CC/02 e a CF/88.

Isso porque, conforme estudado anteriormente, a igualdade, a liberdade e a dignidade humana são princípios que norteiam a interpretação e a aplicação da norma infraconstitucional.

Segundo os defensores da manutenção dessa norma, sua finalidade é proteger a pessoa do idoso que conta mais de setenta anos de idade, em face de suposta fragilidade emocional que o tornaria suscetível de se tornar vítima de golpes perpetrados por pessoas mal-intencionadas.

A imposição do art. 1641, inciso II do CC/02 ao maior de 70 anos colide com princípios e garantias constitucionais como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e a autonomia.

A presunção de desorganização mental das pessoas com mais de 70 anos é absolutamente descabida e preconceituosa. A associação da velhice à debilidade intelectual é equivocada e não pode ser presumida de forma absoluta, como prescreve a lei.

Ora, ninguém se torna incapaz exclusivamente por causa da idade avançada. Casamentos por interesses patrimoniais podem existir em todas as idades. Deslumbramentos e paixões descontroladas podem atingir a todos.

Com efeito, Zeno Veloso falando ainda à época em que a idade prevista era sessenta anos, justifica a manutenção do mencionado artigo com discurso, *data venia*, carregado de fundamentação preconceituosa e apegada a valores nem de longe abraçados pela Constituição da República, senão vejamos:

Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...]¹⁰²

¹⁰² VELOSO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. Apud. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 119-120.

Para Veloso, essa regra dita protetiva deve ser mantida, em virtude de amores tardios tornariam as pessoas “presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por “golpe do baú”¹⁰³.

Em realidade, é inaceitável que se permita a nubentes inexperientes, recém saídas da mocidade, a livre escolha do regime de bens, retirando-se essa faculdade de quem, ordinariamente, possui experimentação social e afetiva suficiente para prever, em qualquer relação amorosa, eventuais interesses furtivos.

Por outro lado, quem atinge esta honrosa faixa etária possui liberdade para administrar seu patrimônio nos trâfegos ordinários da vida civil, como bem lhe convier, não havendo razão lógica para não poder fazê-lo no âmbito familiar.

No âmbito das Jornadas de Direito Civil, realizadas no STJ, foi sugerida, inclusive, a revogação do art. 1.641, inciso II, do CC/02 (que equivale ao velho art. 258, § único, inciso II, do CC/16), nos seguintes termos:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida, com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém 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.¹⁰⁴

Não obstante, a pretexto de promover proteção à pessoa do idoso, o CC/02, acabou por positivar o preconceito em relação àqueles de cuja experiência de vida somente se pode presumir virtualidades.

Um dispositivo que, na intenção de proteger poucos das fraquezas ocasionalmente decorrentes da senilidade, acaba por vedar direitos de todos, olvidando-se, todavia, da existência de outros meios jurídicos também aptos a solucionar, episodicamente, projetos ardilosos sob o invólucro de paixões intempestivas.

¹⁰³ Idem. p 119-120.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados – I Jornada de Direito Civil**. p. 18. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoaseriada/index.php/jornada>>. Acesso em: 14/11/2013.

Verdadeiramente, os propósitos da norma são pequenos se comparados à enorme violência à pessoa em face da violação de princípios e garantias constitucionais que surge de sua aplicação.

Convém anotar, também, a justificativa de que permitir ao maior de setenta anos casar-se por outro regime que não o da separação de bens arriscaria patrimônio estabelecido pelo mesmo ao longo de sua vida.

Para César Fiuza

De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. [...] Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada.¹⁰⁵

Lado outro, Maria Berenice Dias¹⁰⁶ afirma que o que de fato embasa tal norma é uma espécie de presunção de senilidade do maior de setenta anos e, dessa forma, o legislador acabou por limitar “a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: afastar a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento”.

Com efeito, tal imposição se funda em argumentos eivados de preconceito etário, despojando cidadãos de sua vontade, quais foram crianças e não homens e mulheres que possuem experiência, vivência e conhecimento para julgar o caráter de quem deles se aproximem de maneira muito mais judiciosa do que um inexperiente jovem de vinte anos de idade.

Desse modo, violando o art. 3º, IV, bem como o art. 230, *caput*, e os princípios da liberdade, igualdade, e dignidade humana, extirpa-se do idoso o livre arbítrio no tocante à escolha do regime de bens por ocasião de seu casamento.

Tal dispositivo fere ainda o princípio da razoabilidade, haja vista que é possível com essa idade, ou mesmo com idade superior, presidir a República sem, contudo, poder optar pelo regime de bens que regerá seu matrimônio.

Ora, se é possível a uma pessoa com setenta anos de idade chefiar o poder executivo e escolher o destino econômico, político e social de toda a nação, causa

¹⁰⁵ FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1047.

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 215-216.

espanto que não possa sequer escolher o regime de bens que irá permear sua vida conjugal.

Ao reduzir o idoso maior de setenta anos a pessoa incapaz de escolher o regime de bens que lhe seja mais conveniente, é-lhe retirada sua condição de ser humano pensante, atuante e responsável por seus atos, pensamentos e sentimentos expressados.

A esse respeito, Maria Berenice Dias assevera que:

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por 3 (três) vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa.¹⁰⁷

Logo, a limitação imposta aos maiores de setenta anos de idade afronta aos princípios da liberdade, igualdade, dignidade humana, razoabilidade, além de violar texto expresso dos arts. 3.º e 230 CF/88, no tocante à discriminação do idoso, considerando-o incapaz fundada tão somente em critério etário.

O que se busca, pois, com uma declaração de inconstitucionalidade é “desatrear a idade das limitações impostas à escolha do regime de bens¹⁰⁸”.

Ainda, outros tribunais pátrios vêm se manifestando no sentido de afastar tal limitação por meio do controle difuso, consoante se observa dos julgados abaixo colacionados:

EMENTA. Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. - São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: Inconstitucionais Limitações Ao Direito De Amar**. In: *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. Editora Método: São Paulo, 2004. p. 267.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 219.

seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.¹⁰⁹

Desse modo, o STJ já possui posicionamento relativamente recente no tocante à inconstitucionalidade do art. 1641, inciso II do CC/02.

No voto proferido no julgamento do Recurso Especial acima colacionado, a ministra Nancy Andrighi assim se manifestou:

Essa observação, lida nos dias de hoje, não pode deixar de causar estranheza, expondo o anacronismo da ideia que estava na base da legislação. [...] a imposição do regime da separação de bens aos sexagenários e às quinquagenárias estabeleceu-se conjuntamente com outras disposições restritivas do Código Civil de 1916, notadamente a proibição do casamento entre viúvos e/ou viúvas com filhos menores, antes de se promover a partilha dos bens do cônjuge falecido. A ideia perseguida pelo legislador ao procurar restringir tal casamento, nas palavras desse ilustre jurista, seria a de: "a) evitar a *'turbatio sanguinis'* [...]; b) evitar a confusão de patrimônios, determinando análogo impedimento com relação ao viúvo ou à viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; c) evitar os conflitos relativos ao pátrio poder [...]" A restrição quanto à liberdade de escolher o regime de bens nos casamentos envolvendo sexagenários ou quinquagenárias veio na mesma esteira protetiva daquela disposição, mas sem que, em contrapartida, houvesse interesses do mesmo quilate a serem protegidos.

Assim, as justificativas apresentadas pelos defensores do art. 1641, II, do CC/02 demonstram, no entendimento da eminente ministra, anacronismo e retrogradação, além de ferirem a dignidade humana.

Nesse diapasão, entendeu o desembargador Eládio Torret Rocha

[...] a interpretação do aludido dispositivo não pode ser realizada isoladamente, sem se atentar para os princípios que norteiam a ordem constitucional vigente, sobretudo o da dignidade da pessoa humana. O critério etário utilizado pelo legislador teve por finalidade precípua a proteção daquele que se presumiu encontrar-se em estado de vulnerabilidade, permitindo ser mais facilmente ludibriado em razão de eventual interesse de outrem em relação ao seu patrimônio particular. Contudo, tal disposição legal implica discriminação ao presumir que o nubente maior de 70 (setenta) anos de idade não possui eficiente

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **R.Esp. n.º 471.958 - RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

capacidade de discernimento, restrição que não pode ser admitida, por revelar-se contrária ao atual ordenamento [...].¹¹⁰

Prosseguindo em sua exposição, o eminente desembargador aponta os fundamentos da inconstitucionalidade do art. 1641, II, do CC/02:

[...] Neste sentido, o art. 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, merecendo igual destaque o respectivo art. 5º, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. [...] A disposição legal que limita, pois, a liberdade de escolha do regime de bens do nubente maior de 70 (setenta) anos de idade, além de revelar-se discriminatória - já que não se pode presumir que a maturidade natural dos idosos automaticamente prejudique a sua capacidade de discernir acerca de quais relações lhes poderiam ser prejudiciais -, também viola o princípio da dignidade da pessoa humana [...].¹¹¹

Por conseguinte, vê-se claramente que os tribunais pátrios vêm buscando sanar a injustiça, o atraso e a violação constitucional constantes da imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, a fim de resguardar a sua liberdade, dignidade humana, bem como combater o preconceito, a fim de atender ao disposto no art. 3.º, IV da CF/88.

Manifestando-se a esse respeito, a ilustrada Maria Berenice Dias apresenta o seguinte posicionamento em seu voto proferido na apelação, cujo voto encontra-se no inteiro teor do acórdão tomado como marco teórico desta monografia:

Antigamente, numa época disseminada pelo preconceito e discriminação, casavam-se os patrimônios das famílias. Hoje, casam-se os afetos, num espírito de liberdade e igualdade, preconizado pela Constituição Federal. E é chocando-se com toda uma evolução social e jurídica que o art. 258, parágrafo único, do Código Civil, foi repetido no art. 1641, inciso II, do atual Código Civil, só nos restando lamentar que tão vetusta e preconceituosa regra, destituída de qualquer cientificidade, tenha mais uma vez sido sufragada pelo legislador brasileiro.

[...]

Por conseguinte, a imposição de um regime obrigatório de bens com fulcro no malfadado argumento de que '... já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo' (Clóvis Bevilacqua in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, vol II, 10ª edição, editora Paulo de Azevedo Ltda, ano 1954, RJ, p. 132), viola o princípio da dignidade da

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 4ª Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2011.057535-0**. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Data do Julgamento: 1º de dezembro de 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em:14/11/2013.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 4ª Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2011.057535-0**. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Data do Julgamento: 1º de dezembro de 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em:14/11/2013.

pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.¹¹²

Por fim, destaca-se a decisão da lavra do Ministro Antônio Cezar Peluso, então Desembargador do TJSP, em relação ao maior de sessenta anos, no sentido de que a obrigatoriedade do regime de separação de bens ao idoso constitui restrição do direito de liberdade já assegurado pela Carta Magna:

Deduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice teórico do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta a amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção da capacidade jurídica.

Peluso prossegue, ajuntando que

[...] Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.¹¹³

Logo, a pretexto de proteger o idoso, cerceiam-lhe abertamente direitos e garantias fundamentais, a saber, a liberdade e a igualdade, ao mesmo tempo em que violam franca e profundamente a dignidade humana e a razoabilidade, além de ferir texto expresso da CF/88, em seus arts. 3º e 230.

Diante de todo exposto, conclui-se que o art. 1641, II do CC/02 é inconstitucional, devendo ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade, a ser intentada por algum dos legitimados do art. 103 da CF/88. Todavia, enquanto uma

¹¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7.^a Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 70017318940**. Data do Julgamento: 20/12/2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 14/11/2013.

¹¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 007512-4/2-00**. Relator: Desembargador Cezar Peluso. Data do Julgamento: 18/08/1998. Disponível em: <>. Acesso em 14/11/2013.

ação direta não é ajuizada, os tribunais deverão, quando da análise do caso concreto, seguir realizando o controle difuso.

Com essa medida, os maiores de setenta anos de idade poderão gozar de seus direitos e agir com liberdade, tendo resguardada sua dignidade humana.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentado teve como finalidade analisar o texto do art. 1641, inciso II, do CC/02 sob a luz dos princípios e normas constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Analisando-se o conceito de personalidade e capacidade, é possível concluir que o maior de setenta anos de idade não pode, por este único motivo, ser tolhido em sua capacidade de fato.

Afinal, para que isso aconteça, necessário se faz o ajuizamento de ação de interdição, na qual a incapacidade e a ausência de discernimento para protagonizar atos da vida civil deverão ser comprovados.

Ainda, conforme abordado no segundo capítulo, a atual visão acerca da família engloba a evolução que a mesma vem apresentando nos âmbito das relações de parentesco e afinidade, pelo que a norma jurídica não pode se apresentar como instrumento de atraso.

Abordou-se, também, a incidência de princípios constitucionais no âmbito do direito de família, como fundamento axiológico e paradigma de hermenêutica jurídica.

Por guardar pertinência com a matéria estudada, fez-se necessário abordar o controle de constitucionalidade, sua definição, espécies e aplicação no ordenamento jurídico pátrio.

Finalmente, passou-se ao estudo da constitucionalidade do dispositivo supra mencionado, onde foi possível perceber que a sua aplicação aos casamentos celebrados por pessoas com idades iguais ou acima de setenta anos de idade mostra-se atentatória a não um, mas vários princípios e regras constitucionais.

O marco teórico apresentado esclarece acerca da afronta aos princípios da liberdade e da isonomia e, principalmente, da dignidade humana.

O referido dispositivo é, sem dúvida, discriminatório e atenta contra direitos individuais dos septuagenários, pretextando protegê-los de pessoas mal-intencionadas, como se esses cidadãos fossem incapazes, tão somente por ostentar idade avançada.

Assim, verifica-se a forte discriminação de que são alvo os idosos, impedidos de exercerem seus direitos pelo simples fato de terem atingido determinada faixa etária.

Ademais, a restrição ao regime de bens para o casamento de pessoas com mais de setenta anos, é preconceituosa, visto que a mesma fere o princípio da dignidade humana, da liberdade individual e da igualdade.

É fundamental que se lembre também da ganância de certos filhos, que passam por cima dos sentimentos verdadeiros de seus pais para primeiro garantirem a apropriação de suas heranças. Há que se preocupar, primeiro, com o bem estar desses cidadãos.

Ademais, há também uma grande diferença entre filhos menores, que necessitam da proteção de seus bens, e de filhos já adultos que, ao invés de buscarem construir seu próprio patrimônio, ficam apenas desfrutando do que já foi adquirido por seus pais.

Assim, é forçoso concluir que enquanto uma ação direta de inconstitucionalidade não é ajuizada por parte dos legitimados para tanto, há que haver continuidade do controle difuso, de modo a assegurar a supremacia da CF/88 e, como corolário, a proteção dos princípios e direitos nela previstos, culminando na proteção da pessoa do idoso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6.ed. Brasília: UNB. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da república**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. **Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 14/11/2013.

BRASIL. **Lei n.º 10.741 de 1.º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá Outras Providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciados Aprovados – I Jornada de Direito Civil**. p. 18. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **R.Esp. n.º 471.958 - RS**. Relatora:

Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 18/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n.º Cv 1.0115.12.001451-5/001**. Relator: Desembargador Eduardo Andrade. Data do Julgamento: 07/05/2013. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7.ª Câmara Cível. **Apelação Cível n.º 70017318940**. Data do Julgamento: 20/12/2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 4ª Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n.º 2011.057535-0**. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Data do Julgamento: 1º de dezembro de 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 14/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 007512-4/2-00**. Relator: Desembargador Antônio Cezar Peluso. Data do Julgamento: 18/08/1998. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 14/11/2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: Parte Geral - Volume 1**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil: Direito de Família e Sucessões - Volume 5**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: Inconstitucionais Limitações Ao Direito De Amar**. In: Questões Controvertidas no Novo Código Civil. Editora Método: São Paulo, 2004.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro. Vol. 5: Direito de Família**. 24 ed. Reformulada. São Paulo, Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda et al. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume I: Parte Geral**. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro- Volume 1: Parte Geral**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro - Volume 1: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Vol. 2: Direito de Família**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Vol. V – Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de Direito Civil: Volume V – Direito de Família**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família Contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito Civil: Direito de Família. Vol. VI**. 6.ed. São Paulo:

Atlas, 2006.

