

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, este trazendo a imposição do regime de separação obrigatória de bens a ser adotado pela pessoa com mais de 70 anos de idade, quando na realização de sua união matrimonial, e tal obrigação resulta numa desqualificação em relação à capacidade de discernimento desta referida pessoa idosa, ou seja, com 70 anos ou mais, colocando-a numa situação vexatória perante a sociedade.

O trabalho tem por objetivo trazer esclarecimentos sobre o casamento e suas peculiaridades, a injusta aplicação da norma cível no caso em destaque e a determinação da inconstitucionalidade do referido artigo em face aos Princípios Fundamentais Constitucionais, da Liberdade, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, através da utilização do Controle Difuso de Constitucionalidade. As Garantias Fundamentais trazida na Constituição da República, não permitem que, na execução de atos, formulação de leis, tratamento ou convivência, etc., dos indivíduos, o Estado e tampouco a sociedade, discrimine, obstrua direitos e até mesmo afronte suas vidas, utilizando-se de qualquer critério para tal, principalmente o critério da idade.

É importante destacar o advento do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, este com a finalidade de cuidar da integridade moral, o respeito, a preservação da identidade, de valores, etc., da pessoa com mais de 60 anos. O resultado obtido, quando na aplicação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, em relação ao Estatuto, não harmoniza com as idéias pretendidas pelo referido, e mais, coloca o septuagenário em situação de mal estar em relação a sua capacidade, fato que não contribui para o seu desenvolvimento como pessoa humana.

Neste sentido, estão os ganhos sociais advindos desta pesquisa, uma vez que os levantamentos que serão realizados contribuirão para a harmonização dos princípios constitucionais e do Estatuto do Idoso com a norma cível, permitindo aos septuagenários condições de dignidade.

Necessário se faz ainda, abordar os ganhos pessoais em relação à abordagem temática deste trabalho, uma vez que os estudos e pesquisas aqui realizados contribuirão para ampliar o universo de conhecimento jurídico.

Finalmente, tem-se os ganhos jurídicos que esta pesquisa trará aos operadores do direito; através de uma análise crítica dos diversos posicionamentos acerca do tema proposto, permitindo ao jurista, material hábil ao fundamentar suas teses.

A metodologia a ser utilizada será teórica dogmática nas áreas do direito Civil, mais precisamente no âmbito do direito de Família e direito Constitucional. Para tanto será utilizada revisão bibliográfica que terá como marca fundamental a proximidade do marco teórico para a demarcação do que se constitui a bibliografia básica e complementar; a análise da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e a seleção de jurisprudência e doutrinas, ajudando a consolidar e estruturar a investigação aqui proposta, para se determinar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil.

Como marco teórico deste trabalho tem-se os autores Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias que afirmam a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, pois este artigo assume a presunção de incapacidade da pessoa idosa confrontando com os princípios e garantias fundamentais constitucionais, se fazendo necessário o uso do Controle de Constitucionalidade Difuso nas específicas causas de que trata a norma cível e na homologação das habilitações para o casamento.

Para a confirmação da hipótese, faz-se necessário comungar-se com entendimento que a pessoa com 70 anos ou mais possui capacidade de discernimento suficiente para realizar todos os atos de sua vida e principalmente escolher o regime de bens que vai se casar, portanto, que não se faça a utilização do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, servindo-se do Controle Difuso de Constitucionalidade no caso explícito.

A seguinte monografia será composta por três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o Casamento, Visão Constitucional do Casamento, Regime de Bens no Casamento, Regime de Separação Total de Bens, a Aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, Regime de Separação Convencional de Bens e o Regime de Separação Obrigatória ou Legal de Bens

O segundo deles será demonstrado os princípios constitucionais aplicáveis ao art. 1.641, inciso II do Código Civil, sendo eles, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Igualdade e o Princípio da Liberdade.

Por fim, o terceiro e último capítulo será colocada a solução do caso, com a

Inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II do Código Civil, tema da monografia, análise do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), Inconstitucionalidade Material e Formal, Controle de Constitucionalidade, Controle Concentrado de Constitucionalidade e Controle Difuso de Constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de provar a afronta aos princípios constitucionais da Igualdade, Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana e o Estatuto do Idoso.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem o que vem a ser, “controle de constitucionalidade”, bem como em que consiste “regime de bens”, e o significado de “discriminação”, os quais passam-se a explicar a partir de então.

O controle de constitucionalidade é um ato jurídico, que através da sua utilização, visa à verificação e a adequação das normas infraconstitucionais ao sentido dos princípios constitucionais, enfim, faz uma análise da compatibilidade das normas secundárias com as normas primárias, estas últimas descritas na Lei Maior.

No que diz respeito ao Controle de Constitucionalidade, afirma Alexandre de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.¹

Assim afirma também Kildare Gonçalves Carvalho:

Constituição e constitucionalidade são conceitos indeligiáveis, e o controle de constitucionalidade, técnica de limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos, visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.²

¹ Hans Kelsen *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed.. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2010, p. 711

² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed.. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 381.

Ademais, regime de bens, é um contrato de direito civil, regulado por lei, que visa disciplinar as relações patrimoniais e econômicas dos nubentes e suas responsabilidades pecuniárias.

Segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, regime de bens é:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.³

Para o melhor entendimento, reintera Maria Helena Diniz:

[...] o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniário. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento (CC, art. 1.639, § 1º) por ser o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrendo ele da lei ou de pacto; logo, nenhum regime matrimonial pode ter início em data anterior ou posterior ao ato nupcial, pois começa, por imposição legal, a vigorar *desde a data do casamento*.⁴

Outrossim, é importante trazer esclarecimentos sobre discriminação, pois a norma que traz à imposição do regime de separação obrigatória de bens a pessoa com 70 anos ou mais, posiciona-se numa idéia de presunção absoluta de incapacidade do nubente idoso, causando constrangimento e depreciação do valor intelectual do individuo, não contribuindo com a proteção almejada pelo Estatuto do Idoso e pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, prejudicando o seu desenvolvimento na sociedade.

Veja o que diz o conceito de discriminação pelo Dicionário Brasileiro Globo, dos autores Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães: “DISCRIMINAÇÃO, s. f. Ato de discriminar; discernimento; distinção; destringa;

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 7ª ed. Volume 6. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 420.

⁴ Ernest Roguin *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. Volume 5. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169-170.

separação. (Do lat. Discriminatione)".⁵

Neste sentido diz Rolf Madaleno:

[...] é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidades civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.⁶

Por fim, esta restrição na escolha do regime de bens, é uma afronta aos princípios constitucionais da Liberdade, Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana e as idéias pretendidas pelo Estatuto do Idoso, pois não acata o princípio da Supremacia da Constituição e desrespeita os Direitos e Garantias Individuais Fundamentais, resultando numa inconstitucionalidade não permitida no nosso ordenamento jurídico, e não concordando com o ideal pretendido pelo Estatuto do Idoso, se fazendo necessário a não utilização da norma aos casos a que ela corresponda, e até mesmo a sua revogação.

⁵ FERNANDES, Francisco.LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Globo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Globo, 1991, p.____.

⁶ MADALENO, Rolf. **Do Regime de Bens entre os Cônjuges**. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4ª ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 222.

1 DO CASAMENTO

É importante considerar que o casamento é um ato contratual, do Direito de Família, que tem por objetivo a realização da união entre homem e mulher, de acordo com as previsões legais trazidas pelo código civil, para o estabelecimento de regras derivadas da vida em comum.

Depois de realizado o casamento, este produz efeitos patrimoniais, pessoais e sociais. Esses efeitos derivados da união matrimonial são assumidos pelos contraentes automaticamente após a realização do ato, sendo os pessoais e sociais descritos como: a fidelidade, a assistência entre os cônjuges, a vida em comum em domicílio, este efeito com característica relativa, o sustento, guarda e educação dos filhos, o respeito e consideração; e os patrimoniais, resultantes da escolha do regime de bens adotado pelos contraentes desta união, sujeitando a participação ou não nos bens de um do outro ou sobre o patrimônio adquirido.

Assim descreve o artigo 1.566 do Código Civil:

Artigo 1566 - São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.⁷

A realização do casamento se faz mediante ato solene, portanto, revestido com todas as formalidades necessárias para que tenha validade e por livre e espontânea declaração dos nubentes. Não observado estas exigências, pode-se fazer a anulação do ato através das vias judiciais.

Dispõe a lei, no artigo 1.558 do Código Civil:

Artigo 1558 - É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a

⁷ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 05 de março de 2011.

saúde e a honra, sua ou de seus familiares.⁸

O casamento detém características de possuir normas cogentes, e conseqüentemente é movido, por regras rigorosas. Os nubentes são submetidos a um regime jurídico, regulamentado pela lei, a exemplo as normas do Código Civil, fazendo com que estes mesmos fiquem sob as ordens e as vantagens decorrentes da posição que assumem.

Veja o que conclui Silvio Rodrigues:

Em suma: o casamento assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, o qual, porém, se completa pela celebração, que é ato privativo de representantes do Estado. Não há inconveniente, dada a peculiaridade do fenômeno, de chamar ao casamento contrato de direito de família.⁹

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias enumeram as características do casamento, a fim de esclarecer e trazer melhor entendimento sobre o assunto, apesar de que, elas não serão tratadas detalhadamente no trabalho, por se tratar o tópico, de noções sobre casamento, não fazendo necessidade de aprofundamento:

Considerando a sua normatividade, decorrente da soma das disposições constitucionais (art. 226, §§ 1º e 2º) e do Código Civil (art. 1511 e SS.), é possível pinçar importantes características no casamento: i) caráter personalíssimo e livre escolha dos nubentes; ii) solenidade da celebração; iii) diversidade de sexos; iv) inadmissibilidade de submissão a termo ou condição; v) estabelecimento de uma comunhão de vida; vi) natureza cogente das normas que o regulamentam; vii) estrutura monogâmica; e viii) dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes.¹⁰

Sendo assim, o casamento é o ato de união entre o homem e a mulher, com intuito de regular a convivência dos mesmos, e gerar um vínculo afetivo, de respeito e ajuda mútua, para resultar em situações de amplo desenvolvimento das pessoas em seu contexto e naturalmente da sociedade.

⁸ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 05 de março de 2011.

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson Rosenvald. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 117.

1.1 Visão Constitucional do Casamento

O Código Civil de 1916 e as leis vigentes no século passado identificavam a família simplesmente pelo casamento, sob um modelo hierarquizado e patriarcal.

Veja o que diz Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Durante a vigência da Codificação Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora única da família legítima, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adúltera, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais.¹¹

Atualmente a família é identificada com novos elementos que a compõe, trazendo como principal valor, as relações afetivas contidas em seu eixo, e sendo chamada de “família sócio afetiva”.

Dentro dessas novas mudanças, está à entidade familiar, que deixou de ser singular e passou a ser plural, tendo várias formas de composição, como a família monoparental, a homoafetiva e a união estável.

Assim dispõe Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

[...] o caput do art. 226 da Carta Maior que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, revelando, de forma evidente, que todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido constituído de que modo for, merecerá a proteção estatal, não podendo sofrer discriminações.¹²

Outra mudança trazida nesta nova ótica da relação afetiva é a legitimidade do(s) filho(s) nascido(s) fora da relação do casamento, onde a Constituição Federal, o coloca em relação de igualdade perante outro(s) filho(s) concebido(s) na relação matrimonial, para que não sofra nenhum tipo de constrangimento ou discriminação.

Também é importante destacar a igualdade entre homens e mulheres no que

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 108

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 108.

tange a direitos e obrigações, sendo que a administração familiar será exercida igualmente pelos dois, dentro da relação. Proíbe a interferência de pessoas de direito público na relação instituída pelo casamento e ainda disciplina o regime de casamento religioso.

Dispõe Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Optando pela via formal e solene do casamento, por igual, estará protegida e as normas do casamento adaptadas para realçar a sua dignidade, igualdade substancial e liberdade, além de estabelecer um elo solidário entre cada um dos cônjuges – que, nesse novo panorama, de fato, pode ser chamado de *com sorte*.¹³

Destacou também a chamada "paternidade responsável", onde cabe a cada casal a escolha de critérios para a execução do planejamento familiar, impedindo que o Estado interfira nas escolhas, e fazendo com que o mesmo procure propiciar recursos para o desenvolvimento desse exercício, além da assistência direta à família no intuito de combater a miséria e a violência dentro do âmbito familiar.

Afirma Carlos Roberto Gonçalves:

Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar e melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc.¹⁴

Em síntese, o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, se coloca como base e orientador, do surgimento das mudanças ocorridas nas normas de direito de família constitucional e civil.

1.2 Do Regime de Bens no Casamento

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 110

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume 6. Direito de Família. 7ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

O casamento, quando na sua celebração, produz efeitos sociais e pessoais, como já dito anteriormente, e mais, produz efeitos patrimoniais, derivados da união entre homem e mulher.

Estes efeitos patrimoniais derivam da escolha do regime de bens, escolhidos pelos nubentes quando na realização da união matrimonial.

Sendo assim, convém citar o artigo 1.639 do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.¹⁵

Regime de bens é um tratado de conteúdo patrimonial, que irá regular os interesses dos cônjuges na relação matrimonial. Define a administração dos bens dos cônjuges e restringe à prática de certos atos jurídicos realizados por ambos.

O regime de bens é regido sob três princípios, que são: a liberdade de estipulação, variedade de regimes e a mutabilidade relativa, justificada e submetida ao crivo judicial.

O nosso Código Civil, em seus artigos 1.639 ao 1.688, define quatro tipos de regime de bens a serem escolhidos pelos nubentes, quando na habilitação para o casamento, sendo estes: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, participação final nos aquestos e separação total de bens, este último, com características que define o artigo 1.641, inciso II, e será tratado posteriormente no trabalho.

Para a união estável, serão aplicadas as regras do regime da comunhão parcial de bens, caso não tenha acordo antenupcial dispondo ao contrário, assim dispõe o art. 1.725 do Código Civil. Os companheiros de união estável, se assim desejarem, podem fazer a mudança do regime de bens também, durante a convivência, através de simples contrato escrito, por instrumento público ou particular, dispensando intervenção judicial.

Só após a realização do casamento, é que o regime de bens irá produzir os seus efeitos, assim confirma o artigo 1.639, § 1º do Código Civil: “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.¹⁶

¹⁵ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹⁶ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

Também é importante citar que, quando for possível a escolha do regime de bens pelos nubentes, esta será formalizada através de pacto antenupcial. O pacto antenupcial é um acordo solene, ajustado entre os nubentes, para formalizar a escolha do regime de bens, que irá vigorar na união matrimonial. Este mesmo será formalizado em Tabelionato de Notas e encaminhado ao Cartório de Registro Civil ou de Pessoas, para a realização da solenidade do casamento. Será registrado em Cartório de Registro de Imóveis, no domicílio dos cônjuges, para que tenha efeitos contra terceiros.

Assim dispõe os artigos 1.640, § único e o artigo 1.653 da lei Civil:

Artigo 1640 [...]

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-à a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.¹⁷

Artigo 1653 - É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.¹⁸

Para suprir a omissão na escolha do regime de bens que irá gerir a relação matrimonial dos cônjuges, a lei ordena que esta mesma seja administrada pelas regras do regime de comunhão parcial de bens, que é chamado também de regime legal de bens.

É o que diz o artigo 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.¹⁹

A liberdade para a escolha do regime de bens, trazida como princípio no direito civil, não é absoluta, pois em certos casos, quando a lei determinar, os nubentes não terão essa faculdade.

Resguardando direitos de terceiros e demonstrando razões justificadas, os cônjuges poderão modificar o regime de bens a que estão vinculados, na relação matrimonial, e esta mudança poderá ser requisitada a qualquer tempo, mediante

¹⁷ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹⁸ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

¹⁹ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

autorização judicial.

É o que diz o artigo 1.639, § 2º do Código Civil: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.²⁰

Sempre que houver mudança do regime de bens na união matrimonial, esta deverá também, preservar os interesses da família, sem causar prejuízos aos filhos do casal.

Nos casos em que o regime é o da separação obrigatória de bens, este poderá ser alterado por outro regime, desde que cessada as circunstâncias que impediam a adoção de outro regime pelos nubentes.

1.2.1 Do Regime de Separação Total de Bens

A separação total de bens tem características absolutas, sendo assim não há comunicação de bens, de nenhuma espécie, nem os adquiridos onerosamente durante a união matrimonial. O que acontece, é que, formam-se dois patrimônios distintos: o do homem e da mulher.

É o que traz o artigo 1.687 do Código Civil: “Estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.²¹

Veja o que diz Silvio Rodrigues:

Regime da separação é aquele em que os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento.

Quando se pactua tal regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges.²²

Em relação às dívidas contraídas pelo casal, durante a união matrimonial, estas serão de responsabilidade de ambos, ou seja, terão comunicação patrimonial, desde que feitas para a manutenção da vida em comum.

²⁰ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

²¹ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 20 de março de 2011.

²² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 190-191.

É o que diz o artigo 1.643 do Código Civil:

Artigo 1643 - Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;
II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.²³

Afirmado o que foi exposto acima pelo artigo 1.643, o artigo 1.644 do Código Civil dispõe: “As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges”.²⁴

Reiterando tais afirmações, o artigo 1.647 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de realização de negócios jurídicos por umas das partes da união matrimonial:

Artigo 1647 - Ressalvados o disposto no artigo 1648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus nela os bens imóveis;
II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
III – prestar fiança ou aval;
IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.²⁵

Assim como o patrimônio dos cônjuges não se comunica, os ganhos e rendimentos também não se comunicam. Porém ambos os cônjuges devem contribuir para a manutenção das suas vidas em comum, na proporção de seus bens e rendimentos. Seria conveniente, que esta medida da contribuição, fosse acordada em pacto antenupcial.

Assim diz o artigo 1.568 do Código Civil: “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

²³ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

²⁴ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

²⁵ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

Confirmação dada por Silvio Rodrigues:

Como a contribuição da mulher é proporcional ao valor de seus bens, pode ocorrer que ela, os tendo de maior valor, seja obrigada a contribuir com importância mais elevada do que o marido. O conveniente, nesse campo, é convencionar no pacto antenupcial.²⁶

A exceção a esta regra, vai se confirmar, quando o casal estipular em pacto antenupcial, que somente um dos cônjuges vai se obrigar com as despesas para a manutenção do casal.

É o que diz Maria Helena Diniz:

Mas ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, exceto se houver estipulação em contrário no pacto antenupcial, impondo, p. ex., ao marido o dever de assumir sozinho os encargos da família, pagando as despesas com seu patrimônio.²⁷

Nos casos em que há divergência em relação à medida da contribuição dos cônjuges, o juiz decidirá de acordo com os princípios que regulam a relação matrimonial, contidos no artigo 1.566 e incisos, que dispõe sobre a assistência, respeito e consideração mútuos.

É o que diz o artigo 1.567 do Código Civil:

Artigo 1567 - A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.²⁸

§ único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao

²⁶ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 192.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 188.

²⁹ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

juiz que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.³⁰

E ainda, para resguardar os interesses dos envolvidos na união matrimonial, a Declaração de Titularidades Patrimoniais, quando na habilitação do casamento, surgirá como alternativa, para evitar conflitos sobre interesses patrimoniais e pessoais.

1.2.2 Da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Com a entrada do novo Código Civil de 2002, alguns doutrinadores entendem que a separação de bens no casamento terá efeitos absolutos, contrários a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, há discussões a respeito da validade ou não da Súmula.

Alguns autores concordam com a não aplicação da Súmula, como Francisco José Cahali e Mario Luiz Delgado, confirmando a separação de bens como absoluta.

Para Silvio Salvo Venosa, Rolf Madaleno e outros, confirmam a aplicação da Súmula 377, fazendo com que ela produza efeitos no regime de separação de bens, e transformando a separação absoluta em relativa.

É o que leciona Maria Berenice Dias:

A presunção de comunicabilidade instituída pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, quanto aos matrimônios celebrados sob o regime da separação legal, visa a evitar o enriquecimento sem causa de um do par. As mesmas razões estariam presentes no regime da separação convencional de bens, o que autoriza a divisão do patrimônio adquirido. Ainda que não haja a presunção “*juris et de jure*” de comunicabilidade, é suficiente a prova do esforço comum ou da participação efetiva na aquisição do patrimônio para dar ensejo à divisão.³¹

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal diz: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.³²

Na verdade esta Súmula veio solucionar o problema decorrente da

³⁰ BRASIL. Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 214.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em:< www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acessado em 19 de abril de 2011.

constituição de patrimônio durante a união matrimonial, que permanecia somente em nome de um dos cônjuges, sendo resultado de esforço comum, ou seja, de ambos os cônjuges. Com a sua aplicação, evita-se que um dos cônjuges enriqueça nas custas do outro, em casos de administração e dissolução desta sociedade.

Esta Súmula veio solucionar um problema da legislação de 1916, que pelas suas características, concedia a administração dos bens ao cônjuge varão.

Veja a opinião de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Obviamente, a Súmula não tem aplicação nos casamentos celebrados sob o regime da separação convencional (absoluta) de bens, pois implicaria frontal violação da autonomia da vontade das partes que, livremente, elegeram o regime separatório. Seu âmbito de cabimento, assim, fica limitado ao regime de separação legal.³³

Enfim, a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal - STF, se faz mais necessária nos casos de separação legal ou obrigatória de bens e nos casos em que se verificar enriquecimento ilícito de algum dos cônjuges na relação matrimonial, não se fazendo necessária a aplicação no caso de separação convencional de bens, pois implicaria afronta a liberdade de escolha e autonomia da vontade das partes envolvidas na união matrimonial.

1.2.3 Do Regime da Separação Convencional de Bens

O regime de separação convencional de bens é oportuno a qualquer caso de formação de união matrimonial. Com exceções aos casos explícitos no artigo 1.641 do Código Civil, que faz com que obrigatoriamente o casamento seja realizado sob a orientação do regime de separação de bens.

Esclarecendo, a adoção do regime de separação de bens convencional, se faz mediante acordo, *convenção*, entre os nubentes, quando na constituição da união, por pacto antenupcial, com as cláusulas que nele preferirem incluir, preservando a administração do patrimônio individual de cada cônjuge.

Veja o que diz a lei em seu artigo 1.687 do Código Civil: “Estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob administração exclusiva de cada um

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 250.

dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.³⁴

Sendo assim, cada cônjuge conserva com total independência, o domínio, a posse, a administração de seus bens anteriores, presentes e futuros. Sendo assim, ele segue todas as orientações que regulam a separação de bens, porém, este regime, não resulta de imposição legal da lei civil, mas, de uma livre escolha e manifestação de vontade dos nubentes, na hora da constituição da união matrimonial.

1.2.4 Do Regime da Separação Obrigatória ou Legal de Bens

No regime de separação obrigatória de bens, não há liberdade na escolha do regime de bens pelos nubentes, para a realização da união matrimonial.

O Código Civil, no seu artigo 1.641, e seus incisos, ordena que em certos casos, a constituição da união matrimonial, seja feita com imposição do regime de separação de bens, pelo fato destas possuírem certas peculiaridades, por razões de ordem pública, visando proteger os nubentes ou terceiros ou por ser exigido como sanção.

O regime da separação obrigatória de bens está disposto no artigo 1.641 do Código Civil,³⁵ que diz:

Art. 1641 - 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 suprimimento judicial.³⁶

É o que diz Maria Helena Diniz:

Deveras, em certas circunstâncias a lei o impõe, caso em que esse regime

³⁴ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

³⁵ Artigo alterado pela lei nº 12.344/2010 de 17 de novembro de 2010.

³⁶ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

é obrigatório por razões de ordem pública, visando proteger nubente ou terceiro ou por ser exigido como sanção. É assim, em virtude do Código Civil, artigo 1641, o regime obrigatório do casamento.³⁷

O legislador, estabelecendo esta obrigação aos nubentes, afastou-se do princípio da liberdade plena de escolha, que caracteriza o regime de bens.

Ao limitar o direito de escolha dos nubentes, e, sendo o Direito de Família composto por normas cogentes, esta norma se torna imposição do Estado diante de uma situação que deveria prevalecer à vontade dos nubentes.

É o que leciona Silvio Rodrigues:

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, serem pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidas ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo.³⁸

O inciso 1º do artigo 1.641 do Código Civil, dispõe da obrigatoriedade, “das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento”³⁹, onde constitui medida protetiva, com finalidade de resguardar o patrimônio, quando na realização da união matrimonial, de filhos, de herdeiros, de ex-cônjuges e de tutelados e curatelados.

Esta medida possui muita validade, porque assegura que o direito do outro não sofra nenhum prejuízo em consequência de uma das partes, quando na realização de uma ou outra união matrimonial, esteja com intenção de apropriar-se de bens que não teria direito de recebê-los.

Veja o diz a lei Civil:

Artigo 1523 - Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189.

³⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 143.

³⁹ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

⁴⁰

Estas causas suspensivas da celebração do casamento, de nubentes que querem se casar, e que se encontram nas situações descritas acima, só podem ser requeridas pelas pessoas dispostas pela lei, constado no artigo 1.524:

Artigo 1524 - As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins. ⁴¹

É o que leciona Maria Helena Diniz:

[...]enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; porém, na falta de bens a inventariar, não há que se falar em separação de bens; o mesmo se diga se demonstrar que não haverá prejuízo para o herdeiro; da viúva, ou da mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, salvo se antes de findo esse prazo der à luz algum filho ou provar inexistência de gravidez; do divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal, exceto se provar a inexistência de dano patrimonial o ex-cônjuge; do tutor ou curador e dos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo se houver comprovação de ausência de qualquer prejuízo para a pessoa tutelada ou curatelada. ⁴²

O 3º inciso do artigo 1.641, dispõe sobre a imposição: “de todos que

⁴⁰ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

⁴¹ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189.

dependerem, para casar, de suprimento judicial”⁴³, que também constitui medida protetiva, pois cuidou de proteger os nubentes, maiores e menores de 16 anos, sendo ele homem ou mulher, que não possui idade e discernimento suficiente para contrair união matrimonial. Presumindo esta situação, coloca também os tutelados e os curatelados.

Veja o que diz Silvio Rodrigues:

[...] Poderíamos, exemplificativamente, lembrar as hipóteses do menor que esbarra na oposição de seu representante legal e pleiteia judicialmente o suprimento do consentimento; ou da pessoa de idade inferior à núbil, que depende de suprimento judicial para casar, a fim de evitar a imposição de pena criminal a si ou a seu sedutor.⁴⁴

É o que diz Silvio Rodrigues:

[...] Tal solução, na primeira hipótese, visa impedir que, esbarrando na oposição dos pais, que vedam o casamento de seu descendente com pessoa que apenas lhe almeja os bens, venham os noivos obter o suprimento judicial do consentimento, para efeito de se casarem. Isso é possível de ocorrer. Mas, para frustrar a pretensão de enriquecimento do consorte ambicioso, a lei, permitindo que a oposição dos genitores seja vencida, só faculta o casamento pelo regime da separação de bens.⁴⁵

E o 2º inciso, do artigo 1.641 do Código Civil, que trata da obrigatoriedade da “pessoa maior de 70 (setenta) anos”⁴⁶, onde pelo código de 1916, pela sua redação original, impunha o regime de separação legal de bens à pessoa com 60 anos ou mais, na data do casamento. Esta obrigatoriedade, na verdade, era encarada como uma medida protetiva ao idoso, por questões sociais advindas da realidade do século passado.

Apesar de ter havido uma reforma no Código Civil em 2002, este inciso continuou a vigorar dentro da normatização civil, porém, dentro de uma realidade com perspectivas melhores ao idoso, tanto que houve uma mudança na idade do 2º

⁴³ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.

⁴⁶ BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil/leis/2002/L_10406.htm. Acesso em: 12 abril de 2011.

inciso, de 60 para 70 anos, com início da vigência no ano de 2011, para adequação do referido inciso à existência atual.

Essas circunstâncias que motivaram a manutenção desse inciso, dentro da normatização, e até mesmo, o aumento da idade de 60 para 70 anos, não correspondem à realidade atual do idoso perante a sociedade, trazendo desvantagens pessoais e patrimoniais a estes mesmos e, também, não contribui com as idéias projetadas pelos princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Liberdade e até mesmo o Estatuto do Idoso.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

Antes de abordar as idéias dos princípios relacionados para o trabalho com a imposição do artigo 1641, inciso II do Código Civil, é importante trazer noções a respeito do que é princípio constitucional, sua função e a sua importância para o ordenamento jurídico.

Princípio Constitucional vem a ser o ponto inicial, o fundamento, a fonte ou início, a concepção de um ideal, de uma norma necessária, para o surgimento de outras normas no ordenamento jurídico.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Princípio jurídico, na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.⁴⁷

Além de servir de base para formulação de outras normas, serve como referência para dirimir problemas em função da desarmonia do ordenamento, além de orientar a interpretação da aplicação de normas, serve como meio supletivo em função da falta de norma, regular a estrutura organizacional do Estado e projetar as leis sobre a sociedade.

Veja o que diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 desempenham relevante função no texto Constitucional (função teleológica ou diretiva), por orientar a ação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), demarcando seus limites e sua atuação. Fala-se, neste ponto, em *Constituição dirigente* (Gomes Canotilho), uma vez que, da criação da lei até a sua aplicação e integração, deve se observar o conteúdo dos princípios fundamentais emanados da Constituição que condicionam e determinam o processo legislativo e a aplicação da lei. Daí, inclusive, colocar-se a questão da inconstitucionalidade por violação dos princípios fundamentais, circunstância que acentua ainda mais a sua força jurídica, e não apenas ética ou valorativa.⁴⁸

⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.665.

⁴⁸ José Joaquim Gomes Canotilho *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 662-663.

Neste sentido diz Kildare Gonçalves Carvalho:

Enfim, embora a palavra *princípio* apareça com sentidos diversos, é ela indispensável à Ciência e à Filosofia e, no Direito, seu significado não difere dos acima mencionados, nomeadamente em Direito Constitucional, por envolver a idéia da Constituição como norma suprema e condicionante de todo ordenamento jurídico, que dela retira seu fundamento de validade.⁴⁹

Cabe ao princípio constitucional, também, impedir a utilização de norma, que contrarie o plano resultante de sua criação, através do Controle de Constitucionalidade, e de acordo com os meios oferecidos, pelo ajuizamento das ações constitucionais.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, este fundamental, de caráter absoluto, considerado atualmente o mais importante da nossa Constituição, nos faz refletir sobre a importância da dignidade da pessoa na sociedade, e reconhecer o equívoco contido na norma cível do artigo 1641, inciso II do Código Civil, pois esta mesma traz uma distinção não desejada pelo referido princípio, resultando numa inconveniente discriminação à pessoa maior de setenta anos.

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana foi recepcionada no nosso ordenamento jurídico. Inclusive a Constituição da República, através do seu artigo 1º, e incisos, procura demonstrar que todo nosso ordenamento jurídico, deve-se submeter a este princípio, fazendo com que a sociedade esteja sob a proteção no que diz respeito a sua dignidade.

Veja o que diz a Constituição da República em seu artigo 1º e incisos:

⁴⁹ José Afonso da Silva *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.665.

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

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a *dignidade da pessoa humana*;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.⁵⁰

A Constituição da República, nos aponta como um dos seus objetivos, a proteção da pessoa humana, cujo princípio, exerce uma força e detém um mérito essencial para toda ordem jurídica, fazendo com que todos os ramos do Direito sejam dependentes dele.

Este é um princípio referencial de todo ordenamento jurídico, e deve prevalecer nas idéias de formulação das normas infraconstitucionais.

Segundo Alexandre de Moraes:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵¹

Nesse mesmo sentido propõe Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

[...] destaque-se que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988 é a dignidade da pessoa humana. Assim, como consectário, 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 a sua realização existencial, devendo garantir um mínimo de direitos fundamentais que sejam vocacionados para lhe proporcionar vida com dignidade.⁵²

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado Federal, 1988.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p.22.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.98.

É importante demonstrar que este princípio procura, tanto na aplicação ou na elaboração de qualquer norma, a proteção humana, resguardando a sua dignidade, não admitindo que uma determinada classe, seja tratada com desigualdade perante outras, e mais, impedindo que o Estado deprecie o valor do indivíduo e o submeta à algum tipo de menosprezo perante a sociedade.

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil, nesta imposição do regime de bens na constituição da relação matrimonial, determina a regra, somente pelo critério de idade, colocando o septuagenário, dentro de um contexto discriminatório, onde o idoso não tem capacidade para escolher o regime de bens que melhor lhe agrade.

Maria Berenice Dias faz a seguinte colocação:

Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. De forma aleatória e sem buscar algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição é de incomunicabilidade absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. Não se pode presumir a incapacidade de certo cidadão em razão da idade, contudo, se houver indícios dessa incapacidade cabe ao interessado a utilização dos meios judiciais, ou seja, ajuizamento de ação de interdição, a fim de que se demonstre que de fato certa pessoa seja incapaz.⁵³

Portanto, é um despropósito privar a pessoa com idade igual ou superior a 70 anos, de uma escolha do melhor regime de bens que vai reger a sua relação matrimonial, sendo que esta possui discernimento suficiente para realizar todos os atos de sua vida civil, e mais, em consequência de sua longevidade, possui experiência e conhecimentos que não justificaria uma restrição desarrazoada.

2.2 Princípio da Igualdade

Outro princípio fundamental a ser abordado, é o da Igualdade, também colocado como referência e base para elaboração do nosso ordenamento jurídico, e

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. Revista e atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.241.

está disposto no artigo 5º inciso I da Constituição.

É o que diz o nosso texto constitucional no artigo 5º, inciso I:

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;⁵⁴

O princípio da Igualdade, assim, como o da Dignidade da Pessoa Humana, vem a ser uma peça de direção de todas as normas infraconstitucionais do ordenamento pátrio. E o legislador, é impossibilitado de produzir uma norma que não acompanhe a menção do princípio supracitado.

O posicionamento em relação ao princípio da Igualdade segue a máxima de Aristóteles, sendo o qual consistiria em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem.”⁵⁵

Nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida de direito, sem que se esqueça, porém, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.⁵⁶

A idéia de igualdade pretendida pela Constituição da República, é fazer com que as pessoas na sociedade tenham as mesmas oportunidades, respeitando as diferenças, evitando tratamento desigual, em relação à sua natureza, à sua religião,

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília : Senado Federal, 1988.

⁵⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassati. São Paulo: Master Claret, 2003. Disponível em <http://filosofiauerj.files.wordpress.com/2007/05/etica-a-nicomaco-aristoteles.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2011.

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36-37.

política, raça, sua classe social, sua idade etc.

As normas infraconstitucionais elaboradas pelo nosso legislador, não podem descumprir as idéias instituídas pela nossa Constituição, e também não podem criar uma situação que atrapalhe o desenvolvimento uniforme de indivíduos, em detrimento aos outros da sociedade.

Observe o comentário de Alexandre de Moraes:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.⁵⁷

De acordo, com a nossa Constituição da República, a Igualdade deve ser interpretada em dois sentidos: o da Igualdade Material e o da Igualdade Formal.

No primeiro sentido, o da Igualdade Material, demonstra-se que o tratamento dado a todos os indivíduos deve ser colocado com igualdade no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades. A Igualdade Material, busca a equiparação de todos os indivíduos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico.⁵⁸

No sentido de Igualdade Formal, que apresenta a igualdade de todos perante a lei, esta impõe ao legislador, a tarefa de não formular normas, que concedam privilégios a uma classe em detrimento à outra.⁵⁹

Veja o que diz Moraes:

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.⁶⁰

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36-37.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36-37.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36-37.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36-37.

Neste viés, propõe Gilmar Mendes:

[...] no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei – todos são iguais perante a lei – alguns juristas construíram uma diferença, porque à consideram importante, entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. [...] ⁶¹

É essencial para o trabalho, relacionar a norma cível contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil ao conceito de Igualdade Material.

Portanto, é importante esclarecer que a norma infraconstitucional, contraria a idéia do princípio tratado, quando obriga à pessoa com 70 anos ou mais a se casar num regime de bens, que nada contribui com o desenvolvimento pessoal e tampouco patrimonial dos nubentes.

A norma constitucional resguarda princípios, que tem por objetivo a concretização dos valores fundamentais de vida do ser humano, portanto a norma cível não pode estabelecer um estado de desqualificação da pessoa, pois cria uma discordância em relação ao texto constitucional.

2.3 Princípio da Liberdade

O terceiro princípio a ser tratado no trabalho, é o da Liberdade, este também de valor fundamental e trazido como referência para todo ordenamento jurídico, sendo que, qualquer norma infraconstitucional deverá seguir o posicionamento estipulado por esse princípio, para que não haja desarmonia entre normas, e principalmente, desrespeito ao valor ideológico consagrado pelo mesmo.

Para tratarmos o conceito de liberdade, vislumbramos com a idéia defendida pelo doutrinador José Afonso da Silva:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p.157.

poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.⁶²

A obrigatoriedade na escolha do regime de separação obrigatória de bens na constituição do casamento da pessoa com 70 anos ou mais, por si só, mostra que contraria o princípio fundamental constitucional da Liberdade, pois não permite a livre adoção do regime, trazendo em seu bojo a presunção de uma incapacidade do idoso para tal escolha, sem considerar que muitas vezes poderá haver benefícios como felicidade, realização pessoal, financeira, etc.

Nesse sentido temos Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

Sem dúvida, é um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais.⁶³

A lei não pode obstruir a autonomia da vontade do indivíduo em relação às boas escolhas que ele faça para gerir melhor e da maneira que ele queira a sua vida, portanto o direito à liberdade de escolha, deve prevalecer na hora em que este venha a tomar a decisão sobre o regime de bens, que irá vigorar sobre a sua união matrimonial.

A Constituição da República, inseriu no seu ordenamento, a idéia de liberdade como Princípio Fundamental, sendo orientador para a criação de todas as leis.

É o que diz o nosso texto constitucional em seu artigo 5º, caput:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.⁶⁴

O princípio supracitado, tem uma função essencial no ordenamento

⁶²DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.232.

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.246.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

constitucional, pois este é colocado como um dos princípios fundamentais para o desenvolvimento da vida do ser humano.

Como se verifica, a nossa lei constitucional adotou o direito de liberdade no seu ordenamento jurídico, com o objetivo de assegurar que o indivíduo não sofra nenhum tipo de arbitrariedade que impeça o seu direito de se desenvolver plenamente na sociedade.

Conforme abordado no princípio anterior, esta norma também é uma garantia fundamental do indivíduo, que o legislador não pode conter-se, quando na formulação de qualquer norma infraconstitucional.

É importante falar, que o princípio da Liberdade não possui somente a idéia de permissão de certos atos do indivíduo, mas a realização plena destes mesmos, com a finalidade de proteção, desenvolvimento e integração deste dentro da sociedade.

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil, não evidencia convergência com a concepção sustentada pela Constituição da República, ao limitar a liberdade de escolha, colocada como sanção, fazendo com que o indivíduo não concretize o ideal constitucional, conquistado através dos anos, com muito esforço.

Enfim, a elaboração de uma lei cível perfeita, deverá se realizar por meio da verificação do projeto idealizado pelo princípio constitucional, para que possa ser garantida a cidadania e a realização moral do indivíduo; e que as normas dispostas no Código Civil, concordem subjetivamente com as disposições conferidas na Constituição da República, de forma que não transponha as suas limitações decorrentes do princípio da Liberdade.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

A imposição do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, medida que a lei considera protetiva, é ao mesmo tempo demasiadamente paternalista com os maiores de setenta anos, pois, faz uma presunção equivocada em relação a sua capacidade de escolha do regime de bens.

Além disso, ela é colocada como inconstitucional,⁶⁵ por determinar uma imposição na adoção do regime de bens no casamento, simplesmente pelo fato da idade do(s) nubente(s), reputando uma restrição à liberdade de escolha, não desejada pela Constituição da República.

Veja o posicionamento de Maria Berenice Dias diante desta situação:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é **inconstitucional**. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.[...] ⁶⁶

Certamente, ela visa impedir que pessoas jovens, procurem através do casamento com pessoas de idade superior a setenta anos, vantagens financeiras, ao invés de encantamento pessoal e afetivo.

É o que diz Maria Helena Diniz:

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos da vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú”. ⁶⁷

Esta norma civil ignora também, as idéias pretendidas pelo Princípio Constitucional da Igualdade. Como se a pessoa com idade superior a setenta anos, não tivesse motivos, igual às demais pessoas com idade inferior, para decidir sobre a escolha do regime de bens que vai reger a sua união.

A Lei Maior assegura a igualdade entre pessoas, indiferente de idade, sexo, cor, etc.

O fato da lei julgar o indivíduo, como hipossuficiente para a escolha do regime de bens do seu casamento, cria um certo preconceito, quando o trás para uma realidade que não parece a mais adequada e razoável, de falta de experiência e esclarecimento, manipulando e não tratando-o com o respeito que se espera de um ordenamento justo.

⁶⁵ A inconstitucionalidade desta norma é defendida por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias na obra de Direito das Famílias.

⁶⁶ Rolf Madaleno *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009,p.426.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.190.

Veja o que diz o Enunciado 125 da Jornada de Direito Civil:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração de 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.⁶⁸

Enfim, a imposição contida na norma infraconstitucional, é uma afronta aos princípios constitucionais, apontando-se incoerente e não seguindo a linha dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico.

3.1- Análise do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03)

O Estatuto do Idoso desempenha um grande papel no direito civil, pois veio proporcionar ao cidadão com idade avançada, conforto e segurança para os seus anseios. Veio ainda, mostrar à sociedade que se pode envelhecer com dignidade, já que “velho” em tempos anteriores, era tido no sentido pejorativo de decadência ou inutilidade.

Veja o que diz o Estatuto do Idoso no seu artigo 10, parágrafos 2º e 3º:

Artigo 10- É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.⁶⁹

O referido Estatuto conseguiu elencar as garantias de prioridade do Estado e

⁶⁸ ENUNCIADOS APROVADOS – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acessado em 16 de maio 2011.

⁶⁹ BRASIL. Lei, nº 10.741, de 01 de janeiro de 2003 – Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2004/L10741.htm>. Acessado em 03 de maio de 2011.

da sociedade com os idosos, da mesma forma que impediu qualquer discriminação, violência, crueldade e opressão para com eles.

Tal norma, ainda trouxe no seu ordenamento, outras garantias como: prioridade para aquisição de casa própria, prioridade no andamento das ações judiciais, descontos em atividades culturais e de lazer, isenção e redução de tarifas nos transportes coletivos públicos, responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas que não observarem as regras de proteção ao idoso, por fim, procurou fazer com que o idoso se inclua com mais confiança na sociedade.

Assim dispõe o Estatuto do Idoso em seus artigos 23,38 e 71:

Artigo 23- A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

Artigo 38- Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, [..]

Artigo 71- É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), em qualquer instância.⁷⁰

Contudo, se analisarmos a norma cível que proíbe o indivíduo septuagenário de escolher o regime de bens de seu casamento, observamos que esta mesma não se direciona junto com o Estatuto supracitado, pelo fato de não acompanhar a mesma linha filosófica de inserção e proteção da pessoa idosa, assim demonstrada pelo mesmo.

É evidente que a imposição do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, coloca a pessoa com setenta anos ou mais, numa situação de degradação da sua dignidade, não pretendida pelo Estatuto, e tampouco pelas novas aspirações da sociedade, decorrentes do cumprimento do mesmo.

Hoje aos 70 anos, a pessoa está plenamente consciente de seus atos, e mais, houve um crescimento ao culto da vaidade, e, portanto, uma pessoa com setenta anos pode fazer figura atraente, derrubando as razões de existir da proibição solidificada no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, em que se diz do provável interesse econômico do futuro cônjuge, em prejuízo de atributos pessoais.

⁷⁰ BRASIL. Lei, nº 10.741, de 01 de janeiro de 2003 – Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2004/L10741.htm>. Acessado em 03 de maio de 2011.

Tendo em vista, que a pessoa trabalhou toda a sua vida, e por conseguinte, aos setenta anos sente-se com disposição ao casamento, a própria Constituição da República garante-lhe o direito de usufruir da liberdade de dispor de sua vida e bens, como melhor lhe aprouver.

Através de programas televisivos, e até mesmo em revistas, nos deparamos com pessoas idosas, no meio empresarial, capazes de gerir grandes negócios.⁷¹

Torna-se claro, que a incapacidade não é resultado da idade avançada, e sim, de vários outros fatores físicos ou psíquicos que impedem o bom discernimento.

3.2- Inconstitucionalidade Material e Inconstitucionalidade Formal

A inconstitucionalidade ocorre quando um ato normativo é incompatível com o conteúdo material da Constituição ou quando da inobservância do processo legislativo.

De acordo com o Controle de Constitucionalidade, podemos verificar a constitucionalidade de uma norma, sob dois planos distintos, sejam eles, material e formal.

Veja o que diz Pedro Lenza sob o plano material :

Por seu turno, o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional, por possuir um vício material. 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.⁷²

O nosso legislador não pode elaborar normas que violem os princípios constitucionais, pois cria uma divergência com o texto da Constituição da República. Deve-se seguir o princípio da Supremacia da Constituição, adequando o sentido da norma secundária, com as idéias pretendidas pela norma disposta no texto Constitucional.

⁷¹ A exemplo do atual Vice Presidente da República, Michel Miguel Elias Temer Lulia, hoje com 70 anos, casado com a senhora Marcela Tedeshi Temer, de 27 anos. Os dois se casaram em 26 de julho de 2003. Notícias TV Brasil. Disponível em <http://www.mundosocial.blog.br/2011/01/fotos-de-marcela-temer-mulher-do-vice.html>. Acessado 18 de maio de 2011.

⁷² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009, p.164.

Já o plano formal, efetua-se quando uma lei infraconstitucional, apresenta vício quanto à sua forma, ou, ainda assim, quando a sua formação é feita por autoridade incompetente.

Nesse sentido temos Gilmar Ferreira Mendes:

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.⁷³

Portanto, a inconstitucionalidade formal consiste na inobservância da capacidade legislativa e do vício apresentado na formação da norma, independentemente do seu conteúdo.

Em função do princípio da Supremacia da Constituição, qualquer situação jurídica que não se conformar, ou seja, adequar com as diretrizes estabelecidas pelas normas e princípios da Constituição, serão designadas como inconstitucionais, visto que, sendo a Constituição norma primária, e base de todo ordenamento jurídico, a integridade do fundamento de validade de suas normas deve ser mantida para a harmonização de todo o ordenamento.

Assim, ao abordar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, faz-se menção à violação de princípios constitucionais como: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Liberdade, levando à discussão sobre sua inconstitucionalidade material da referida norma cível.

3.3 Do Controle de Constitucionalidade

O Controle de Constitucionalidade surgiu com a necessidade de adequar todas as leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico, sob a orientação das leis constitucionais.

O que se verifica na Constituição da República, é que esta mesma possui pressuposto para a existência do Controle de Constitucionalidade, pois tem como característica, a rigidez, a superioridade em relação às outras normas e a sua forma escrita.

Nesse sentido propõe Alexandre de Moraes:

⁷³ José Joaquim Gomes Canotilho, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 1011.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.⁷⁴

A norma constitucional encontra-se em posição superior em relação a outras normas do ordenamento jurídico, e é contemplada como a norma das normas,⁷⁵ portanto devendo todo ordenamento jurídico submeter-se aos princípios do seu texto. Trata-se do princípio da Supremacia da Constituição.

Veja o que diz Lenza :

[...] significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁷⁶

No momento em que há um conflito de aplicação de normas de graus diferentes, emprega-se um dos princípios básicos da hermenêutica, dá-se preferência a norma de grau superior em detrimento a norma de grau inferior, conciliando-se o sistema jurídico.

O mais importante do Controle de Constitucionalidade é fazer com que os princípios fundamentais contidos no ordenamento constitucional, sejam devidamente respeitados e limitar o poder estatal sobre os indivíduos.

É o que diz Alexandre de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª edição. Revista e atualizada até a EC 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p.710.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo : Malheiros, 1999, p.267

⁷⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009, p.149.

tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.⁷⁷

O Controle de Constitucionalidade constitui-se em provar a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo em relação à Constituição da República. Realiza-se a análise dos requisitos formais e materiais de uma norma, e verifica-se se estão de acordo com os princípios constitucionais orientadores do ordenamento jurídico.

Porém, caso a lei ou ato normativo não preencha os requisitos para a sua validade, declarar-se nula, através da inconstitucionalidade.

Esta nulidade terá efeitos “ex tunc”, isto é, os efeitos da nulidade alcançaram a norma desde o seu nascimento.⁷⁸

Os efeitos da nulidade da norma podem ser “inter partes” ou “erga omnes”. O primeiro efeito, objeto do trabalho, diz respeito à não-aplicação da lei considerada inconstitucional, e alcança unicamente as partes num processo posto perante o judiciário. Tal lei continua a vigorar no ordenamento até que seja revogada pelo órgão competente.⁷⁹

Já o segundo efeito, refere-se quando da decisão do órgão competente para aferir a constitucionalidade, alcança a todos os cidadãos. Nesta hipótese, a lei deixa de produzir efeitos, tornando-se ineficaz.⁸⁰

Em relação ao Controle de Constitucionalidade, a nossa Constituição da República adota vários tipos de controle, mas no presente trabalho vamos tratar do Controle Concentrado e do Controle Difuso de Constitucionalidade, sendo este último, o que se aplica no caso em tela, objeto da pesquisa.

3.3.1 Do Controle Concentrado de Constitucionalidade

O Controle Concentrado de Constitucionalidade busca, através da sua utilização, a retirada de vigência de norma ou ato normativo impreciso, formalmente ou materialmente, em relação ao texto Constitucional.

Diferente do Controle Difuso de Constitucionalidade, onde há um processo

⁷⁷ Hans Kelsen *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC 64/10 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010, p.711

⁷⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009, p.181.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, págs. 272,273 e 274.

⁸⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009, p.187.

contraditório de partes, o Controle Concentrado tem por objetivo à defesa da Constituição da República, que através das ações, procura invalidar normas e atos normativos que estejam conflitantes com o seu texto.⁸¹

O Controle Concentrado é exposto sob cinco espécies de ações, sendo elas: 1) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (art. 102, I, a); 2) Ação de Inconstitucionalidade Interventiva (art. 36, III); 3) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º); 4) Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC nº 03/93) e 5) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º).⁸²

A legitimidade para a representação de inconstitucionalidade, está disposta no artigo 103 da Constituição da República, sendo assim, são legítimos, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁸³

O órgão competente para a apreciação da constitucionalidade de normas ou atos normativos, suscitadas pelas ações do Controle Concentrado, será o Supremo Tribunal Federal.⁸⁴

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Controle Concentrado terão efeitos, em regra: “erga omnes”, ou seja, alcançando todos os indivíduos sujeitos ao ordenamento jurídico, e “ex tunc”, onde atingirá a norma desde o seu nascimento; com variações dos resultados, vinculantes e repristinatórios. É importante destacar também, que em decorrência do efeito “ex tunc”, a retroatividade da nulidade declarada, alcançará sentenças judiciais transitadas em julgado, tornando a coisa julgada mutável.⁸⁵

⁸¹ José Joaquim Gomes Canotilho *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p.465.

⁸² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.736-737.

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.748.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.737.

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.762-763.

E ainda, a lei ou ato normativo, depois de declarado inconstitucional, é retirado do ordenamento jurídico, diferentemente do procedimento exigido no Controle Difuso, disposto pelo artigo 52, inciso X da Constituição da República.

O Controle Concentrado de Constitucionalidade, apresenta-se como meio de garantia de preservação dos Direitos e Princípios Fundamentais, elencados na Constituição da República, porém, a utilização deste Controle de Constitucionalidade, quando no debate sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, não configura-se como recurso viável, sob o aspecto da eficiência do julgamento do caso concreto, também, sob a amplitude da legitimidade para alegação da questão prejudicial, e atualmente, sob a obtenção de uma resposta mais célere da justiça.

3.3.2- Do Controle Difuso de Constitucionalidade

O Controle Difuso de Constitucionalidade, foi escolhido como linha de defesa para a questão suscitada na presente monografia, evidenciando-se a necessidade da sua utilização, para impedir a aplicação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, nas relações matrimoniais que envolve o septuagenário.

Este tipo de Controle de Constitucionalidade surgiu nos EUA em 1803, num processo que tramitava na Suprema Corte Americana, onde um juiz chamado Marshall, afirmou que era de competência da atividade jurisdicional, a interpretação e a aplicação de uma lei constitucional, nos casos em que há conflito de normas com a Constituição da República.⁸⁶

O controle supracitado, somente será feito quando numa discussão a respeito de um caso concreto, o Poder Judiciário verificar que para a solução do litígio, dependerá da declaração incidental de inconstitucionalidade, da lei a ser aplicada.⁸⁷

É o que diz Alexandre de Moraes:

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.720.

⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.723.

sendo pois objeto principal da ação.⁸⁸

O Controle Difuso é exercido incidentalmente no curso de um processo, seja de conhecimento ou até mesmo em processo cautelar.

A inconstitucionalidade da lei é questão prejudicial de mérito, portanto deve ser argüida nos próprios autos do processo principal.

A questão pode ser levantada por qualquer das partes do processo, sendo eles o autor, na petição inicial, o réu, na preliminar de contestação, reconvenção ou nas exceções. Cabe ainda, na possibilidade de terceiros, que venham a integrar a relação processual (assistente, litisconsorte, oponente), pelo Ministério Público, nos processos de sua competência ou até mesmo pelo juiz da causa *ex officio*, com a devida atenção nos casos que se tratar de recurso extraordinário.⁸⁹

Em relação a sua competência, para decidir sobre a questão de inconstitucionalidade, caberá ao juiz ou o tribunal que julgar a causa do processo principal.⁹⁰

Vale ressaltar, que a lei exige que para a declaração de inconstitucionalidade nos tribunais, a decisão deverá ser dada pela maioria absoluta de seus membros em plenário. É o que diz a Constituição no seu artigo 97, caput: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

No entanto, o órgão fracionário⁹¹ pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, sem ter que encaminhar a questão ao plenário do tribunal. Nos casos em que já tinha sido reconhecida pelo pleno ou pelo órgão especial do próprio tribunal ou quando já tenha sido reconhecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.⁹²

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.723

⁸⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, págs.446, 447 e 448.

⁹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010, p.720.

⁹¹ Órgão Fracionário = Câmaras, Turmas, Grupos de Câmaras, Seções. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 449.

⁹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 451.

No juízo de primeiro grau, não há um modo determinado para a alegação de inconstitucionalidade, as questões são resolvidas como se fossem prejudiciais de mérito.⁹³

Nos tribunais o procedimento obedece duas fases: uma diante do órgão fracionário e outra perante o plenário ou órgão especial. Da decisão do pleno, não cabe recurso, mas da decisão que decide o caso concreto no órgão fracionário caberá recurso ordinário ou extraordinário, de acordo com a Súmula 513 do Supremo Tribunal Federal.⁹⁴

O Superior Tribunal de Justiça pode exercer o Controle Difuso de Constitucionalidade, seja em processos de sua competência originária, seja naqueles que ensejaram recurso ordinário.⁹⁵

Já o Supremo Tribunal Federal, além do Controle Concentrado, também exerce o Controle Difuso de Constitucionalidade, nos processos de sua competência originária, ou no julgamento de recursos ordinários ou em sede de recursos extraordinários.⁹⁶

Veja o que diz a Constituição no artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”:

Artigo 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.⁹⁷

A matéria que será questionada no recurso extraordinário deve ser

⁹³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 446.

⁹⁴ Súmula 513 do STF : A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em : www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp. Acessado em 19 de abril de 2011.

⁹⁵ FRANCIULLI NETTO, Domingos. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade em recurso especial. Disponível em : boljur.stj.gov.br/.../Arguicao_de_Inconstitucionalidade_em_Recurso.pdf? Acessado em 21 de maio de 2011.

⁹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009, p.182.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

previamente questionada no juízo *a quo*.

Após a declaração de inconstitucionalidade da lei pela maioria absoluta dos membros do tribunal, faz-se a comunicação à autoridade ou órgão interessado, e após trânsito em julgado da decisão, faz-se, igualmente, comunicação ao Senado Federal para fins do artigo 52, inciso X da Constituição.

Veja o que diz a Constituição no seu artigo 52, inciso X: “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

A suspensão da lei declarada inconstitucional no caso concreto, será veiculada pelo Senado por meio de resolução.

A questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, bem como os motivos da decisão, não faz coisa julgada, é o que diz o artigo 469, incisos I e III, do Código de Processo Civil.⁹⁸

Com relação ao caso concreto, a decisão do tribunal reveste-se da autoridade da coisa julgada, tornando-se definitiva.

Vale lembrar, que o efeito da declaração de inconstitucionalidade, possui efeito *ex tunc*, alcança o ato desde seu nascimento. E a decisão no Controle Difuso produz efeito *inter partes*, portanto, a inaplicação da lei declarada inconstitucional ocorrerá somente naquela situação particular, e a norma continua a vigorar no ordenamento jurídico, até que tenha sua eficácia paralisada por decisão do órgão competente.⁹⁹

Diante do exposto, adota-se o entendimento de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias como marco teórico deste trabalho:

É caso, certamente, de controle de constitucionalidade difuso, impondo-se aos juizes, no julgamento das mais variadas causas e na homologação das habilitações para o casamento, reconhecerem a inconstitucionalidade do dispositivo codificado.[...] ¹⁰⁰

⁹⁸ Art.469, incisos I e III do Código de Processo Civil : “Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”. BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código Civil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1973/L5869.htm>. Acessado em 25 de abril de 2011.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, págs. 272, 273 e 274.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2010, p.246.

Enfim, este posicionamento, de aplicabilidade do Controle Difuso em casos que versem sobre a imposição do regime de separação obrigatória de bens, se coloca como meio de obter a inconstitucionalidade do artigo, para que isente o septuagenário da aplicação da lei, pois esta contradiz com a Constituição da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tornou-se evidente na presente monografia, que o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que institui o regime da separação obrigatória de bens às pessoas com setenta anos ou mais, trata-se de uma norma inconstitucional, incoerente e injustificável.

A norma cível, como todas as outras normas, deve ser elaborada sob a ótica da Constituição da República, com intuito de garantir que os princípios fundamentais constitucionais sejam devidamente respeitados e aplicados, permitindo assim o desenvolvimento pleno do indivíduo na sociedade.

A restrição imposta pela referida norma cível, coloca o septuagenário como absolutamente incapaz, tomando como base a idade avançada, desconsiderando o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Outrossim, a norma cível estabelece uma distinção não adequada, visto que, não há necessidade de diferenciação em relação aos outros indivíduos, neste caso específico, diferentemente dos casos tratados pelo Estatuto do Idoso, pois este último, quando faz diferenciação o faz para a melhoria da qualidade de vida da pessoa idosa, portanto, aplicando-se o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, o resultado obtido será diferente daquele defendido pelo princípio fundamental constitucional da Igualdade.

E mais, atenta também contra o princípio constitucional da Liberdade, quando retira a oportunidade da pessoa com setenta anos ou mais, escolher uma situação que melhor lhe satisfaça, haja vista, em consequência de sua longevidade, possui experiência e conhecimentos que não justificaria uma restrição desarrazoada.

Diante disso, se faz necessário o uso do Controle de Constitucionalidade para adequar a norma cível com o espírito almejado pelos princípios fundamentais contidos na Constituição da República, ou seja, para que se faça valer as idéias defendidas pelos mesmos, e finalmente, a referida norma inconstitucional não seja utilizada nos casos a que ela corresponda.

Todavia, com o aumento da idade de 60 para 70 anos, tal imposição continua a violar princípios constitucionais, revelando-se numa inconstitucionalidade, fazendo-se necessário o afastamento da norma em questão, conforme defende Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Em suma, até que aconteça a revogação da norma citada, cabe aos legitimados para o exercício do Controle Difuso, suscitar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, zelando pelos princípios constitucionais e fazendo valer as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Disponível em <http://filosofiauerj.files.wordpress.com/2007/05/etica-a-nicomaco-aristoteles.pdf>.

Acessado em 04 de maio de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1999.

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

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código Civil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/1973/L5869.htm>. Acessado em 25 de abril de 2011.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em 05 de março de 2011.

BRASIL. **Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003 – Código Civil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2003/L10741.htm>>. Acessado em 03 de maio de 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo. 16ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição. Revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 19ª edição. São Paulo : Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 26ª edição. São Paulo : Saraiva, 2011.

ENUNCIADOS APROVADOS – I **Jornada de Direito Civil**. Disponível em : <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/ljornada.pdf>. Acessado em 16 de maio de

2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**. Teoria Geral. 6ª edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2007.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Ministro do Superior Tribunal de Justiça**. Arguição de Inconstitucionalidade em recurso especial. Disponível em : boljur.stj.gov.br/.../Arguicao_de_Inconstitucionalidade_em_Recurso.pdf? Acessado em 21 de maio de 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 7ª edição. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM. **Separação de Bens para maiores de 70 anos**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessão. Porto Alegre : Magister : IBDFAM, v.19, Dez/Jan, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Do Regime de Bens entre os Cônjuges**. Direito de Família e o Novo Código Civil. 4ª edição. Revista atualizada. Belo Horizonte : Del Rey, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª edição. Revista e atualizada até a EC nº 64/10 e Súmula Vinculante 31. São Paulo : Atlas, 2010.

NOTÍCIAS TV BRASIL. Disponível em :

<http://www.mundosocial.blog.br/2011/01/fotos-de-marcela-temer-mulher-do-vice.html>.

Acessado em 18 de maio de 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. **Direito de Família**. 17ª edição. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro : Forense, vol. 5, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 28ª edição. Revista e atualizada por Francisco Cahali. São Paulo : Saraiva, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em WWW.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp. Acessado em 19 de abril de 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. v.6. 3ª edição. São Paulo : Atlas, 2003.