

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

REGIANE PRISCILA DE AQUINO

REGIME DE BENS PARA O IDOSO E A INCONSTITUCIONALIDADE

BACHARELANDA EM DIREITO

CARATINGA – MG

2019

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

REGIANE PRISCILA DE AQUINO

REGIME DE BENS PARA O IDOSO E A INCONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentado à banca examinadora da faculdade de direito das Faculdades DOCTUM de Caratinga, como exigência parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Sob a orientação da professora Alessandra.

CARATINGA- MG


2019

**TERMO DE APROVAÇÃO**


Trabalho de Conclusão de Curso **Regime de bens para o idoso e a inconstitucionalidade**, elaborado **Regiane Priscila de Aquino** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM\_DIREITO.**

Caratinga de \_\_\_\_\_ 20\_\_

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Alessandra Dias Baião

\_\_\_\_\_  
Prof. Kleider Robert Rocha Cruz

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rodolfo de Assis Ferreira

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o artigo 1641, inciso II diante da alteração legislativa ocorrida em 2010, que prevê que os maiores de setenta anos que pretendem se casar, terão por obrigatoriedade fazê-lo sob o regime de separação de bens. No decorrer do trabalho serão feitas várias análises para uma compreensão mais ampla a respeito desse artigo, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, bem como os direitos previstos no Estatuto do Idoso. A constituição federal veda qualquer tipo de discriminação, tal restrição fere esses princípios tornando o artigo inconstitucional.

**Palavras-Chave:** Regime Obrigatório de Bens; liberdade; Autonomia da Vontade; Inconstitucionalidade.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| Introdução.....  | 5  |
| Considerações Conceituais.....   | 7  |
| Capítulo 1. Teoria Geral do controle de constitucionalidade .....  | 9  |
| 1.1. Formas de Controle de constitucionalidade .....   | 10 |
| 1.2 Controle abstrato de constitucionalidade .....   | 12 |
| 1.3 Controle difuso de constitucionalidade .....   | 18 |
| Capítulo 2. Direito de família e o direito do idoso.....   | 21 |
| 2.1 Idoso: Conceito .....  | 21 |
| 2.2 Direitos do idoso no direito de família.....   | 22 |
| 2.3 Análise evolutiva do artigo 1641, II do Código Civil .....   | 26 |
| Capítulo 3. Da inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil .....  | 29 |
| 3.1 Fundamentos da inconstitucionalidade do art. 1641 II do Código Civil mesmo<br>depois da alteração legislativa ocorrida em 2010 ..... | 31 |
| Considerações finais.....  | 35 |
| Referências bibliográficas. ....   | 37 |

## INTRODUÇÃO

A presente monografia cujo tema é “Regime de bens para o idoso e a inconstitucionalidade”, tem como objetivo é demonstrar de forma clara o equívoco e a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil.

Sendo assim levanta-se como problema: Diante da alteração legislativa do art.1641, II, CC ocorrido em 2010, é inconstitucional o dispositivo legal que determina o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos?

Tendo em vista o que se entende sobre os direitos do idoso. Levanta-se a hipótese do art. 1.641, II, do CC é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz, conseqüentemente é inconstitucional.

Tem-se como marco teórico os pensamentos de Rolf Madaleno: “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.”<sup>1</sup>

A metodologia utilizada consistirá em uma pesquisa na modalidade teórico-dogmática a partir de discussões e releituras colhidas na doutrina, jurisprudência e na legislação vigente, em cunho exclusivamente teórico, buscando a transdisciplinaridade que envolve ramos científicos distintos, como Direito Constitucional e Direito Civil, mais precisamente Direito de Família.

A pesquisa proposta possui fundamental ganho social, em especial, para as pessoas idosas com idade igual ou superior a 70 anos, que pretendem contrair matrimônio. Tendo em vista que, da forma como encontra normatizada o regime de bens, acaba causando constrangimento e ofensa à sua dignidade e liberdade de escolha, sendo, assim considerado totalmente incapaz para manifestar sua vontade na realização desse ato.

---

<sup>1</sup>MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018,p.248.

Quanto ao ganho jurídico, será imensurável porque além de devolver ao idoso com mais 70 anos optar pelo regime de bens que deseja escolher ao contrair matrimônio, garantindo-lhe a dignidade e liberdade, ambas expressas constitucionalmente, irá retirar do ordenamento jurídico uma lei cujo teor expresso no art. 1641, inciso II ofende a Constituição.

A pesquisa será dividida em três capítulos. O primeiro deles abordará os aspectos que envolvem a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O segundo capítulo irá abordar as questões que envolvem o idoso, de maneira especial o idoso no contexto do Direito de Família e também será explanado neste capítulo a evolução do art.1641, inciso II do Código Civil. Por fim, o terceiro capítulo irá abordar a questão que envolve a inconstitucionalidade ou não do art. 1641, inciso II do Código Civil.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

À cerca do tema desenvolvido “Regime de bens para o idoso e a inconstitucionalidade”, faz-se necessário a explanação de alguns conceitos importantes que norteiam todo desenvolvimento do presente trabalho. Serão conceituados aqui os termos regime obrigatório de separação de bens, liberdade, autonomia da vontade e inconstitucionalidade.

O Regime obrigatório de separação de bens encontra-se previsto no Código Civil no art. 1.687, o qual descreve que estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.<sup>2</sup>

Para Caio Mário tal regime resulta da imposição da lei, com o qualificativo de “separação obrigatória” ou “separação compulsória” ou, simplesmente, “separação legal.”<sup>3</sup>

Para Nathalia Masson o termo liberdade é usualmente explicitado em dois sentidos políticos diversos, a liberdade negativa e a liberdade positiva. A autora apresenta em sua obra, Manual de Direito Constitucional, a definição de liberdade negativa e liberdade positiva segundo o filósofo Isaiah Berlin. Primeiramente a liberdade negativa:

Normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outro. Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e, se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado.<sup>4</sup>

Agora a definição de liberdade positiva:

O sentido "positivo" da palavra "liberdade" provém do desejo que o indivíduo nutre de ser seu próprio senhor. Desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, e não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos de outros homens. Desejo ser um sujeito, e não um objeto; ser movido pela razão, por objetivos conscientes, que são meus, e não por causas que me afetam como que de fora. Desejo ser alguém, e não ninguém.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de junho de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p. 244.

<sup>4</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p.234.

<sup>5</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p.234.



Definidas as duas primeiras palavras tem-se agora a autonomia da vontade.

A autonomia da vontade significa que a obrigação contratual tem uma única fonte: a vontade das partes. A vontade humana é o núcleo, a fonte e a legitimação da relação jurídica, e não a lei. Desta forma, a força que obriga as partes a cumprirem o contrato encontra seu fundamento na vontade livremente estipulada no instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação, possuindo, portanto, posição supletiva.<sup>6</sup>

Por fim, a definição de inconstitucionalidade. Segundo Nathalia Masson a inconstitucionalidade está relacionada ao controle que é realizado das normas infraconstitucionais em relação à Constituição de um determinado Estado. Segue o que descreve sobre:

A efetivação do controle desenlaça-se na conclusão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato submetido à comparação (análise de compatibilidade) com o texto constitucional. Caso a percepção final seja pelo antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior frente aos vetores constitucionais, estaremos diante da inconstitucionalidade.<sup>7</sup>

A inconstitucionalidade é a palavra chave com mais ênfase no trabalho, pois será analisado a questão de um inciso do Código Civil que fere preceitos constitucionais.

Tendo em vista, que o inciso do Código Civil é uma norma infraconstitucional, há de observar obediência ao texto constitucional. A liberdade é uma garantia prevista no art. 5º do texto constitucional e quando se dá a escolha do regime de bens pelo próprio nubente tem-se obedecida tal premissa por meio da autonomia da vontade.

<sup>6</sup> WANDELEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-autonomia-da-vontade,51944.html>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>7</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016,p.1053.

## CAPÍTULO 1. TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Vive-se atualmente à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Tal constituição foi elaborada pelo poder constituinte originário, o qual:

estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.<sup>8</sup>

Por se tratar de um poder constituinte originário, como o próprio nome sugere, ele irá marcar o início de uma nova legislação, a qual não encontra barreiras na sistematização da lei.

De maneira oposta ao poder constituinte originário, encontra-se o poder constituinte derivado, o qual “conhece limitações constitucionais expressas implícitas e é passível de controle de constitucionalidade”<sup>9</sup>.

A Constituição Federal encontra-se no ápice de hierarquia, em relação as demais normas do ordenamento jurídico. Dessa maneira, as leis devem estar em conformidade com a constituição.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo usado para corrigir os defeitos do nosso ordenamento jurídico. Representa um procedimento para analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos com a constituição federal. Se a lei for compatível com a constituição federal, ela é uma lei constitucional, se for incompatível será uma lei inconstitucional. Existem dois tipos de inconstitucionalidade, material e formal. A inconstitucionalidade material ocorre o vício, a irregularidade no conteúdo da lei, no conteúdo da norma. Já a inconstitucionalidade formal, é o vício no processo de criação da lei.

A análise deste capítulo é de suma importância para compreensão do problema de pesquisa e para o desenvolvimento dos argumentos jurídicos que envolvem o tema.

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas. 2003, p.44.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas. 2003, p.45.

## 1.1. Formas de Controle de Constitucionalidade

As normas jurídicas não se encontram em um mesmo patamar, sendo escalonadas em níveis hierárquicos. Há um escalonamento, mais conhecido como pirâmide de Kelsen, no qual a constituição encontra-se no topo e as demais normas, denominadas normas infraconstitucionais, estão distribuídas no “corpo” da pirâmide. Nessa linha de pensamento, tem-se que, a norma inferior obrigatoriamente deverá extrair seu fundamento de validade na norma superior, como proposto por Hans Kelsen:

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.<sup>10</sup>

Então, uma norma derivada, ao ser elaborada deve obedecer aos ditames propostos na lei maior, que é a constituição. Tal obediência, quando não acatada faz com que a norma fique inconstitucional.

Para se evitar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, são institucionalizados diversos meios que permitem analisar sua compatibilidade constitucional. O que irá determinar a maneira como será exercido tal controle é o ordenamento jurídico de determinada sociedade. De acordo com Nathalia Masson, a depender da escolha do constituinte, o controle poderá ser político, jurídico ou misto.

Tem-se a definição dos controles político, jurídico ou misto, como segue:

São políticas rodadas as modalidades de controle realizadas por órgãos públicos desprovidos de natureza jurisdicional. Assim, controle político é aquele realizado pelo Poder Legislativo, Executivo ou mesmo por um órgão especial constituído para esse fim e que não faz parte da estrutura de nenhum dos três Poderes clássicos.

[...]O controle é intitulado jurídico (ou jurisdicional) quando efetivado por órgãos integrantes do Poder Judiciário e detentores de poderes jurisdicionais. No direito pátrio, como a função de controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos é conferida com nítida preponderância ao Judiciário, diz-se que nosso sistema de controle é o jurisdicional.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. Editora Martins Fontes. 1999, p.155.

<sup>11</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016,p.1062.

Ainda nas palavras de Natália Masson:

Todavia, como a atribuição pertence ao Poder com primazia, mas não exclusividade, nosso sistema é caracterizado como jurisdicional mas com algumas exceções.

Há, por fim, um terceiro sistema: o misto. Neste as Constituições sujeitam certos atos ao controle político (realizado por órgãos estranhos ao Poder Judiciário) e outros ao controle jurídico (realizado por órgãos componentes do Poder Judiciário).<sup>12</sup>

Em relação ao momento que o controle será exercido, há de falar em dois tipos, tendo assim, um controle preventivo e um controle repressivo. Veja a definição de cada um:

O controle de constitucionalidade pode ser **preventivo** (aquele realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo e antes do projeto de lei ingressar no ordenamento jurídico) ou **repressivo**, que será realizado sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei, após o término de seu processo legislativo e seu ingresso no ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

O sistema repressivo é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, seu intuito é o de higienizar o ordenamento, cuja harmonia é afetada pelo ato inconstitucional.<sup>14</sup>

No que se refere à quantidade e órgãos competentes para processar o controle, tem-se o controle difuso e o concentrado.

O modelo de controle difuso (também denominado por via de exceção ou defesa) é o adotado no Brasil, e permite que juízes ou tribunais declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Em contrapartida ao controle difuso, tem-se o controle concentrado (conhecido como abstrato ou via de ação). Nesse tipo de comando há um único órgão que exerce de maneira prévia o controle.

No que se refere à sua finalidade, o controle pode ser classificado em concreto ou abstrato. Como o próprio nome sugere, tal controle será exercido em uma situação concreta, ou seja, no curso de uma ação, “quando a constitucionalidade de uma norma é arguida de modo incidental, no curso de uma

<sup>12</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1062;1063.

<sup>13</sup> ORTEGA, Flávia Teixeira. **Breve resumo de controle de constitucionalidade-abstrato e difuso**. Disponível em: < <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

<sup>14</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1063.

demanda que possui como intuito principal solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos.”<sup>15</sup>

O controle de constitucionalidade é uma ferramenta jurídica que permite a análise de leis ou atos normativos que não estão em consonância com a Constituição Federal. E essa consonância não respeita a quem deveria ser mais respeitado, a pessoa do idoso. Quando a lei lhe retira a liberdade de escolha, seja por qual motivo for, um direito está sendo violado e indo mais além, um direito sendo retirado por uma lei que fere preceitos legais, podendo, assim, ser considerada inconstitucional.

Ao longo do trabalho é possível verificar que quando uma lei fere um preceito constitucional, a mesma deve ser retirada do meio jurídico, dentro dos ditames legais, apresentados na ordem jurídica brasileira.

## 1.2. Controle abstrato de constitucionalidade

O controle abstrato de constitucionalidade é aquele que busca examinar a constitucionalidade de uma lei em tese. Em tese, porque não há um caso concreto a ser analisado e sim, uma análise abstrata realizada pelo Poder Judiciário.

No Brasil o parâmetro para análise do controle abstrato de constitucionalidade é a Constituição Federal e tem como responsável pela execução o Superior Tribunal Federal. Os instrumentos utilizados para a realização dessa tutela são a Ação Direta de Inconstitucionalidade(ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade(ADC), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão(ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental(ADPF).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem respaldo na Constituição Federal, mais precisamente no art. 102, 1, “a”, como segue:

**Art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:  
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;<sup>16</sup>

<sup>15</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1069.

Segundo Pedro Lenza<sup>17</sup>, entende-se por leis todas as espécies normatizadas do art. 59 da CF/88, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Vale ressaltar que nem toda resolução ou decreto legislativo podem ser objeto de controle concentrado, isso porque por vezes, podem não está revestido de abstração e generalidade.<sup>18</sup> Também são passíveis de controle as normas implícitas na Constituição Federal, como por exemplo, os princípios. Além dos atos normativos citados anteriormente juntam-se ao rol de atos normativos que podem ser objeto de controle abstrato os Tratados Internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Analisando o art. 102, 1, “a”, percebe-se também que as leis e atos normativos municipais estão excluídas do controle de constitucionalidade por meio da ADI. E em relação aos atos normativos editados no âmbito do Distrito Federal? Depende, pois, se a competência ao legislar pertencer ao Estado, ela será objeto de controle, por outro lado se a lei distrital editada for no âmbito de competência municipal, a mesma não será objeto de análise constitucional por meio da ADI.

O Prof. Gilmar Mendes aponta que também podem objeto de ADI:

Os atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público (ex: uma resolução editada por Agência Reguladora), desde que fique configurado seu caráter autônomo; outros atos do Poder Executivo com força normativa, como poderes da Consultoria-Geral da República, aprovados pelo Presidente; Resolução do TSE; Resoluções de tribunais que deferem reajuste de vencimentos.<sup>19</sup>

Tendo ciência de quais atos normativos podem ser objeto de controle de constitucionalidade por meio de uma ADI, resta saber, quem são os legitimados para propor tal ação? A resposta encontra-se no art. 103, caput, da Constituição Federal como segue:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

<sup>17</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. Editora Saraiva. 2013, p. 308.

<sup>18</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Editora Saraiva. 2002, p. 42.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Editora Saraiva, 2011, pp. 1190-1192.

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.<sup>20</sup>

É importante ressaltar aqui a capacidade postulatória dos legitimados, ou seja, independem de advogado para ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, os legitimados nos incisos de I a VII, possuem essa capacidade, pois:

[...] além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado.<sup>21</sup>

Por outro lado, os legitimados enunciados nos incisos VII, VIII e IX (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional), não possuem capacidade postulatória, sendo necessário, assim, a figura de um advogado para o ajuizamento da ação.

Em relação à participação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República tem-se que, segundo a ADI nº 3916<sup>22</sup>, o Advogado-Geral da União não tem obrigatoriedade de intervir em defesa do ato ou texto impugnado por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI; o mesmo poderá agir conforme convicção jurídica própria em relação a inconstitucionalidade ou não da ação proposta. Já o Procurador-Geral da República, deverá ser previamente ouvido

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

<sup>21</sup> ADI nº 127-AL. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em:< <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905471/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-90-127-al?ref=serp>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

<sup>22</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1109.

nas ações de inconstitucionalidade, conforme art. 103 § 1º da Constituição Federal; seu parecer não vincula o Supremo Tribunal Federal.

Os efeitos decorrentes das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI, podem ser erga-omnes (eficácia contra todos), ex tunc (efeitos retroativos) e vinculante. Apesar de os efeitos serem erga-omnes, há a possibilidade de restrição em relação ao alcance da decisão proferida.

Conforme se depreende da leitura do art. 27, da Lei nº 9.868/1999 é factível que a Suprema Corte, por maioria de 2/3 de seus membros, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinando a exclusão de alguém dos efeitos da decisão ou mesmo delimitando quem será atingido.<sup>23</sup>

Ainda nas palavras de Nathalia Masson, tem-se a explicação dos efeitos ex tunc advindos da declaração de inconstitucionalidade por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI de lei ou ato normativo.

Em virtude da adoção da tese de nulidade, o ato declarado inconstitucional é considerado nulo e não meramente anulável, de forma que nunca terá produzido nenhum efeito válido no ordenamento desde o seu nascimento. Assim, quando a Corte prolata a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato, a decisão não é constitutiva de uma situação nova, mas sim declaratória de uma circunstância que já existia e somente agora foi devidamente confirmada.<sup>24</sup>

A decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.<sup>25</sup>

Encerradas as considerações sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI, inicia-se aqui os detalhes referentes à Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC foi introduzida no ordenamento jurídico por meio da emenda constitucional nº 3, de 17 de março de

<sup>23</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1115.

<sup>24</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1116.

<sup>25</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1119.



1993, a qual alterou o art.102, I, a; e foram criados o § 2º do art. 102 e o § 4º do art. 103, da Constituição Federal.

O objetivo primordial da ação declaratória de constitucionalidade é transferir ao STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, afastando-se o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, o Judiciário e também o Executivo ficam vinculados à decisão proferida.<sup>26</sup>

Compete, portanto, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Possuem legitimidade para julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade os mesmos titulares para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, estando previsto, pois, no art.103, caput, da Constituição Federal.

O objeto de discussão de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade-ADC é mais reduzido se comparado ao de uma Ação Direta de Constitucionalidade-ADI, abarcando, assim, somente as leis e atos normativos federais. Não é possível, pois, a propositura de uma ADC para a declaração de constitucionalidade de lei ou outro ato normativo estadual, distrital ou municipal.<sup>27</sup>

Nos termos do art. 14, III, da Lei nº 9.868/1999 a admissibilidade de uma ADC sujeita-se à comprovação de que há, na hipótese, uma relevante controvérsia judicial.<sup>28</sup>

Em relação à participação no processo envolvendo uma ADC, não há necessidade de envolvimento do Advogado-Geral da União. Já em relação ao Procurador-Geral da República há previsão legal, segundo o art. 19 da Lei nº 9.868/1999, no prazo de 15 dias.

Assim como na ADI, a decisão da ADC produz eficácia erga omnes, efeito vinculante e retroage no tempo.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas S.A. 2003, p.513.

<sup>27</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1122.

<sup>28</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1122.

Outro instrumento de controle abstrato de constitucionalidade é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão-ADO:

A violação à Constituição pode resultar de uma atuação estatal, hipótese em que a inconstitucionalidade deriva de um comportamento ativo (de um *facere*) do Poder Público, seja porque este faz o que o documento constitucional não lhe autoriza, seja, ainda, porque confecciona normas em dissonância, no aspecto formal ou no conteúdo, com aquilo que determina a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um fazer (um agir), gera a inconstitucionalidade por ação.<sup>29</sup>

E prossegue a autora Nathalia Masson, nessa linha de raciocínio:

Por outro lado, a letargia governamental em adotar as medidas imprescindíveis à realização concreta das diretrizes constitucionais, mantendo-se inerte diante do dever de cumprir as determinações que a Constituição impõe, ocasiona a inequívoca violação negativa do texto constitucional. Desce não fazer estatal, do não agir dos Poderes Públicos, exsurge também a inconstitucionalidade, mas agora por omissão. Esta pode ser total (ou absoluta), quando não há nenhum resquício de regulamentação da norma constitucional, ou parcial, decorrente de execução defeituosa ou insuficiente do dever constitucional de efetivar a própria Constituição.<sup>30</sup>

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão também será julgada pelo Supremo Tribunal Federal e tem como objeto as normas constitucionais de eficácia limitada não regulamentadas.

Os legitimados ativos para propor uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são os mesmos de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade e de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade. O rol de tais legitimados encontra-se no art.103, caput, da Constituição Federal.

A regulamentação específica da ADO sobreveio com a edição da Lei nº 12.063 no ano de 2009.

Por se tratar de uma lacuna na lei, cabe ao Supremo Tribunal Federal somente notificar o órgão responsável por legislar sobre o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Vê-se, pois, que a ação possui reduzidos efeitos práticos. Desta forma, reconhecemos ser a finalidade da ADO a de somente provocar o Poder Judiciário para que este assente a demora na produção da norma

<sup>29</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1126.

<sup>30</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1126.

regulamentadora e a inconstitucionalidade dessa inadimplência. Se a mora é de algum dos Poderes, este será cientificado de que a norma precisa ser elaborada, não podendo a Corte, sequer, fixar prazo para que a norma seja editada e a inconstitucionalidade vencida.<sup>31</sup>

Finalizando tem-se Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF, a qual será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

A ADPF é uma norma de eficácia limitada; sua regulamentação foi editada pelo Congresso Nacional por meio da Lei nº 9.882/1999, em complementação ao art. 102, § 1º, da Constituição Federal.

Os legitimados para propor a ADPF são os mesmos da propositura de uma ADI e ADC com previsão no art.103, caput, da Constituição Federal.

As hipóteses de cabimento, segundo Alexandre de Moraes, são:

a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses - para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.<sup>32</sup>

Segundo Pedro Lenza<sup>33</sup>, a decisão terá eficácia contra todos (erga omnes) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, além de efeitos retroativos (ex tunc).

Concluindo tem-se que na ADI e ADC, todas as normas constitucionais são parâmetro para o controle de constitucionalidade. Na ADPF, o parâmetro de controle é mais restrito, pois nem todas as normas constitucionais se enquadram como preceitos fundamentais.

### 1.3. Controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso é aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal do país. É também chamado controle pela via de exceção, ou ainda, controle aberto. Ocorre diante de um caso concreto, em que a declaração de inconstitucionalidade se dá de

<sup>31</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1131.

<sup>32</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas S.A. 2003, p.519.

<sup>33</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. Editora Saraiva. 2013, p. 387.

forma incidental. Segundo Pedro Lenza<sup>34</sup> pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

No controle difuso é permitido ao juiz monocrático decidir questão de constitucionalidade sozinho. No entanto, a parte pode se beneficiar das regras processuais civis e devolver à análise da lide ao Tribunal de segunda instância por meio do recurso de apelação. Adentrando recurso em um tribunal colegiado tem-se a clamada cláusula de reserva de plenário<sup>35</sup>, previsto no art. 97 da Constituição Federal, onde 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<sup>36</sup>.

Caso a decisão proferida, confirme a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tal decisão atingirá somente quem propôs a ação, sendo assim, será denominada *inter partes*. E, em relação aos efeitos referentes ao tempo será *ex tunc*. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já proferiu sentença na qual foi produzido efeito *ex nunc*. Segundo Pedro Lenza<sup>37</sup>, o caso foi o julgamento do RE 197.917, no qual o Supremo Tribunal Federal reduziu o número de vereadores do Município de Mira Estrela de 11 para 9 e determinou que a aludida decisão só atingisse a próxima legislatura.

Outra situação a ser observada é a participação do Senado Federal quando se trata de controle difuso de constitucionalidade, pois:

Há, contudo, uma especificidade no sistema brasileiro, decorrente da previsão constitucional inserida no art. 52, X, CF/88, que autoriza o Senado Federal, por meio da edição de uma resolução, a suspender a execução da lei (ou de outro ato normativo) declarada definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso, o que ampliará os efeitos da decisão de modo a alcançar terceiros não integrantes da relação processual originária.

Vê-se, pois, que a decisão de inconstitucionalidade, por força do comando judicial emanado do STF, só produzia efeitos meramente *inter partes*, mas,

<sup>34</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. Editora Saraiva. 2013, p. 288.

<sup>35</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1075.

<sup>36</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

<sup>37</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. Editora Saraiva. 2013, p. 293.

em virtude da participação do Senado, passará a produzir efeitos *erga omnes*.<sup>38</sup>

Há de se destacar situação controversa que envolve o controle difuso em relação à ação civil pública. Segundo Alexandre de Moraes o Supremo Tribunal Federal não admite ação civil pública em defesa de direitos coletivos ou difusos como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, vedando-a quando seus efeitos forem *erga omnes* e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade.<sup>39</sup>

Tem-se portanto, que o controle difuso irá alcançar somente direitos subjetivos.

---

<sup>38</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm. 2016, p. 1081.

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas S.A. 2003, p.481.

## CAPÍTULO 2. DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO DO IDOSO

Na maioria dos casos, ao envelhecer o idoso encontra-se presente no seio familiar. Por não possuir a mesma disposição física e até mental (em muitas situações), o idoso necessita de cuidados especiais.

Por se tratar de uma situação delicada, não ficou o idoso desamparado em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, mais precisamente no Capítulo VII, arts. 229 e 230, a preocupação com a pessoa do idoso. Veja:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.<sup>40</sup>

Além da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional também é solidária com a situação do idoso, o envolvendo em questões que dizem respeito ao Direito de Família como descrito ao longo desse trabalho.

Uma conquista muito grande pela classe idosa foi a codificação do Estatuto do Idoso, por meio da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Em tal lei é possível está regulamentado os direitos de todas as pessoas idosas. Tal estudo será mais detalhado ao longo deste capítulo, o qual irá conceituar o termo idoso, bem como a sua relação com o ordenamento jurídico, e de maneira mais detalhada sua posição em relação ao regime de bens, quando se tratar de uma pessoa idosa com mais de setenta anos.

### 2.1. Idoso: Conceito

Não há um consenso do venha a ser considerado uma pessoa idosa, depende do prisma que está sendo analisado.

Segundo a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, conhecida como “Estatuto do Idoso”, considera-se idoso as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. No

<sup>40</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

entanto, em países desenvolvidos será idoso o indivíduo com 65 anos ou mais, segundo a Organização Mundial de Saúde(OMS).

Geralmente utiliza-se a idade cronológica como um marcador para definir a partir de quando uma pessoa pode ser considerada idosa, no entanto, existem diferenças significativas relacionadas ao estado de saúde, participação e níveis de independência entre pessoas que possuem a mesma idade.<sup>41</sup>

Apesar das divergências em questões que envolvem o idoso, há de se considerar o que está normatizado na legislação brasileira.

## 2.2. Direitos do idoso no direito de família

O que espera durante a vida é que se possa alcançar a velhice, pois em um ciclo que se considera normal, ficar idoso supõe ter vivido de acordo com o ciclo vital “normal”.

Acontece que, alcançando a velhice, a pessoa idosa não apresenta mais a mesma destreza de antes e além disso, na maioria dos casos, o idoso é acometido de diversas enfermidades que o fazem dependente de cuidados especiais advindos de outras pessoas, então:

Logo, os legisladores agiram e, diante da constante busca de maior proteção a esta minoria, deve se destacar a responsabilidade dos filhos e familiares para com os seus idosos – destaque-se que lhes prover as necessidades básicas tornou-se direito – objetivando que a dignidade destas pessoas seja conservada, que a velhice seja mais tranquila e verdadeiramente mais humana.<sup>42</sup>

A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) representa para a população idosa uma conquista que lhe permite usufruir de inúmeras garantias tanto na vivência em sociedade quanto na vivência familiar, como apresentado o art.3º, veja:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao

<sup>41</sup> BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Brasília-DF,2005.

<sup>42</sup> SILVA, Ana Paula Almeida da. **Pais idosos: responsabilidade familiar**. Disponível em: < <https://anaufms.jusbrasil.com.br/artigos/186614542/pais-idosos-responsabilidade-familiar>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.<sup>43</sup>

Assim, como nos demais ramos do Direito, os princípios são de extrema importância nas relações jurídicas. Segundo Daniel Vinícius Ferreira da Silva os princípios são normas jurídicas que se diferenciam das regras não somente pelo alto grau de generalidade mas por serem mandados de otimização.<sup>44</sup>

Destaca-se aqui, o princípio da solidariedade. Espera-se que tal princípio esteja presente nas relações familiares, e nesse contexto, cada indivíduo busque o respeito na convivência diária. Segundo Caio Mário<sup>45</sup>, tal princípio constitui princípio norteador do Direito de Família contemporâneo.

Outro princípio que permeia as relações familiares, é princípio da afetividade, de responsabilidade de todos os componentes familiares. Caio Mário destaca de maneira bem completa tal princípio, como segue:

O princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, § 2º, CF) princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades. .<sup>46</sup>

Nota-se que por meio de tal princípio, o autor afirma:

Pode-se destacar um anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais. Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado. Com o decorrer do tempo, cônjuges e companheiros se mantêm unidos pelos vínculos da solidariedade e do afeto, mesmo após os filhos assumirem suas independências. Essa é a verdadeira diretriz prelecionada pelo princípio da afetividade.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de junho de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

<sup>44</sup> SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. **Princípios norteadores do Direito de Família**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 16 de junho de 2016.

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p.85.

<sup>46</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p.86.

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p.86.



De suma importância também na seara familiar é a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Rodrigo da Cunha Pereira identifica a dignidade da pessoa humana como:

um princípio ético que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. [...] é um macroprincípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade”.<sup>48</sup>

Maria Celina Bodin de Moraes destaca também a importância da dignidade humana na relação familiar:

Isto porque a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador da promoção da dignidade de seus membros. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é o exemplo da valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consanguinidade.<sup>49</sup>

Os princípios mencionados são de extrema importância na relação jurídica que envolve o idoso. Caso sejam respeitados por todos os entes familiares o idoso terá um fim de vida mais harmonioso e com mais dignidade.

Após quase duas décadas de vigência do Estatuto do Idoso, inúmeros são os desafios que ainda fazem parte do cotidiano da maioria da população idosa.

Direitos normatizados como o acesso a um atendimento de saúde mais efetivo, a uma qualidade de vida mais saudável ainda estão distanciados da realidade do idoso.

O art. 3º do Estatuto do idoso traz de maneira bem detalhada quais são as obrigações da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público em relação à efetivação dos direitos que devem ser assegurados aos idosos, veja:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao

<sup>48</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do Direito de Família**. 1ª edição. Editora Del Rey, 2006. p.94.

<sup>49</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. 2ª edição. Editora Renovar, 2003. p. 85.

trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.<sup>50</sup>

Ainda no art. 3º encontra-se detalhado quais são as prioridades pertencente a classe idosa:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;  
 II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;  
 III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;  
 IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;  
 V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.<sup>51</sup>

Seguem mais prioridades previstas no art. 3º:

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;  
 VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;  
 VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.  
 IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.<sup>52</sup>

Prosseguindo há de destacar também nesse momento o que diz o art. 4º, o qual menciona que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.<sup>53</sup>

O Estatuto regulamenta também a respeito da responsabilidade dos familiares, prevista outrora na Constituição Federal. Segue as palavras de caio Mário sobre:

Assim, com base na solidariedade familiar, o “Estatuto”, em seu art. 12, estabelece a obrigação solidária dos familiares com relação à prestação alimentar em favor do idoso, sendo facultado ao autor o direito de acionar

<sup>50</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>51</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>52</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

um único prestador, o qual deverá cumprir a totalidade da obrigação e terá direito de regresso contra os demais codevedores.<sup>54</sup>

Em relação aos alimentos, tem-se no Estatuto que se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.<sup>55</sup>

Outra situação que deve ser observada é a questão da violência contra o idoso, como bem redigido por Caio Mário:

O art. 19 da Lei nº 10.741/2003, em seu § 1º, define como violência contra o idoso qualquer “ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico”. O dispositivo estabelece, ainda, que os casos de suspeita ou confirmação de violência contra os idosos devem ser obrigatoriamente comunicados às autoridades policiais; aos Ministérios Públicos, ao Conselho Nacional do Idoso; aos Conselhos Estaduais e Municipais do Idoso.<sup>56</sup>

No ano de 2017 o Estatuto do idoso sofreu algumas alterações advindas da Lei 13.466 de 12 de julho de 2017, a qual estabelece a prioridade especial das pessoas maiores de oitenta anos.<sup>57</sup>

Finalizando, é importante observar que o envelhecimento faz parte do ciclo vital do homem e não há como evitá-lo, dentro de um ciclo normal. Por isso, é que deve-se respeitar e tratar com dignidade essa fase da vida, tendo em vista, que será realidade para cada ser humano, seja “hoje” ou “amanhã”.

### 2.3. Análise evolutiva do artigo 1.641, II do Código Civil

O mencionado artigo refere-se ao regime de separação de bens no casamento. Pretende-se analisar, no momento, a evolução que tal artigo sofreu no ordenamento jurídico.

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p.79.

<sup>55</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>56</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017. p.80;81.

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei nº 13.466 de 12 de julho de 2017**. Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

Antes disso, há de se apresentar no que consiste o ato de se casar. O art. 1.511 do Código Civil estabelece que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Antes de celebrado o casamento e também depois de acontecido a celebração os nubentes podem definir o regime que lhes convém. Segundo Maria Helena Diniz, regime de bens é:

Conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do matrimônio. Regem, portanto, as relações patrimoniais entre marido e mulher, sob a afeição de regime: de comunhão parcial, de comunhão universal, de participação final nos aquestos e de separação de bens (legal ou convencional).<sup>58</sup>

A fundamentação jurídica referente ao regime de bens encontra-se no Código Civil, entre os arts. 1658 e 1688. São eles: Regime de Comunhão Parcial, Regime de Comunhão Universal, Regime de Participação Final nos Aquestos e Regime de Separação de Bens.

O regime de bens que será de valia para o estudo em questão é o regime de separação de bens. Consta no art. 1687 do Código Civil<sup>59</sup> à respeito de tal regime que estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Acontece que essa liberdade de escolha em relação ao regime de bens encontra-se óbice na própria legislação.

O Código Civil de 1916<sup>60</sup> em seu art. 258, Parágrafo único, inciso II, pregava que o regime de separação de bens seria de cunho obrigatório para os homens maiores de 60 anos e para as mulheres maiores de 50 anos.

Tempos depois, o Código Civil de 2002 estabeleceu o regime de separação obrigatória para as pessoas maiores de 60 anos, entretanto, mencionada idade foi alterada novamente em 2010 pela Lei nº 12.344 para 70 anos.

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. Editora Saraiva, 2010. Pág. 498.

<sup>59</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de junho de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

Apesar de não figurar no rol de capacidade civil disposto nos arts. 3º e 4º do Código Civil, o idoso com idade superior a 70 anos encontra óbice na liberdade de escolha do regime de bens quando contrai matrimônio. Tem-se que:

A lei está impondo de forma arbitrária a necessidade da pessoa maior de 70 anos se casar pelo regime obrigatório de bens, sem antes ter uma análise médica ou judicial, demonstrando a incapacidade de discernimento do idoso. A lei ao fazer tal imposição esta privando a pessoa idosa de se casar livremente, pois não tem capacidade para exercer sua própria vontade.<sup>61</sup>

Mesmo há mais de um século de promulgação do primeiro Código Civil ainda não foi possível olhar o idoso por um outro prisma que não seja o de indiferença em relação à sua liberdade de escolha, tendo-lhe que impor por achar que o mesmo não é capaz de administrar seus bens, ferindo, assim, sua dignidade.

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de; FERREIRA, Matheus; PEREIRA, Jeferson Botelho. **Reflexões jurídicas sobre o art. 1.641, II, do CCB, no tocante à obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62533/reflexoes-juridicas-sobre-o-art-1641-ii-do-ccb-no-tocante-a-obrigatoriedade-do-regime-de-separacao-de-bens-para-maiores-de-70-anos>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

### **CAPÍTULO 3: DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL.**

O artigo 1641, do código civil traz em seu inciso II, a obrigatoriedade do regime de bens aos maiores de setenta anos que pretendem se casar, ser obrigados a fazer sob o regime da separação legal de bens. Tal dispositivo veda o direito de escolha aos nubentes somente em razão da idade, e assim tornando – os relativamente incapaz para os atos da vida civil.

O fato da pessoa ter 70 anos o torna menos capaz? Determinar, pura e simplesmente, que o maior de 70 anos é obrigado a casar-se sob o regime de separação de bens é presumir-lhe a incapacidade pressupondo, dessa forma, que os idosos, com toda sua experiência de vida, não possuem condições de gerir sua vida afetiva.

Segundo o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, citado por Rolf Madaleno (2018, p.114) foi proposta a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, com a seguinte justificativa:

“A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inscrito no pórtico da Carta Magna (CF, art. 1º, inc. III). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair casamento pelo regime de bens que melhor consulte seus interesses.”<sup>62</sup>

Os maiores de setenta anos continuam ativos em nossa sociedade, retiram-lhes o direito à liberdade de escolha do regime de casamento dá um tratamento desigual e sem qualquer fundamento.

O artigo 1641, II do Código Civil priva tal liberdade, bem como dá aos maiores de setenta anos tratamento diferenciado frente aos demais, assim dispondo, *in verbis*:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

<sup>62</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018. p. 114.

- II- da pessoa maior de setenta anos;
- III- de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.<sup>63</sup>

Assim, retirar dos maiores de setenta anos a possibilidade de escolher o regime de casamento que lhes aprouverem é declarar afronta clara aos princípios constitucionais da igualdade e o direito fundamental da liberdade de escolha. O direito à igualdade está esculpido no caput do artigo 5º da Constituição da República<sup>64</sup> estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Diante da alteração legislativa do art. 1641, inciso II, do Código Civil ocorrido em 2010, é inconstitucional o dispositivo legal que determina o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos?

Nesse sentido, tem-se como marco teórico o pensamento de Rolf Madaleno: “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”<sup>65</sup>:

Tendo em vista o que se entende sobre os direitos do idoso, levanta-se a hipótese de o art. 1.641, II, do CC é atentatório do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz, e por isso, conseqüentemente é inconstitucional.

Analisando tais dispositivos é possível perceber que o art. 1.641, II, do CC é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz, conseqüentemente é inconstitucional.

Na mesma linha de pensamento segue Rolf Madaleno:

<sup>63</sup> BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de junho de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>64</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>65</sup> MADALENO, Rolf. Direito de família. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A restrição que impede a livre-eleição do regime de bens no casamento das pessoas maiores de setenta anos é vista como inconstitucional, por colidir com o princípio da dignificação humana, referenciado na porta de entrada da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inc. III), e se trata de medida extremada, pois, se o regime da comunhão parcial é considerado justo para todos os casais de todas as outras idades, porque deixaria de ser justo para os septuagenários, quando apenas estariam dividindo eventuais bens acaso adquiridos na constância do casamento, quando nada impede um cônjuge com mais de setenta anos de comprar qualquer bem em nome de seu consorte ou de lhe doar bens de sua exclusiva propriedade.<sup>66</sup>

Dentro desse propósito irá se desenvolver este capítulo no intuito de verificar que um direito do idoso está sendo violado.

### **3.1. Fundamentos da inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil mesmo depois da alteração legislativa ocorrida em 2010.**

O artigo 1641 da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 trazia em seu inciso II a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos. Pois a expectativa de vida era entre 50 a 60 anos, esse artigo foi criado com intuito de evitar os casamentos por interesse ou o famoso golpe do baú. Porém com o passar dos anos, a expectativa de vida aumentou e então o código civil sofreu alteração, com a Lei 12.344 de 2010, que passou de sessenta para setenta anos o regime de separação obrigatória de bens.

Rolf Madaleno a respeito da mudança:

Comentando a mudança proposta para o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, de aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual passa a ser obrigatório o regime da separação de bens, <sup>67</sup> em face apenas da expectativa de vida da população brasileira, Ricardo Fiuza admitia que, mesmo assim, inúmeros juristas seguem considerando inconstitucional impor a adoção obrigatória do regime da separação de bens com o ingresso na chamada terceira idade.<sup>67</sup>

Mesmo com a alteração, a proibição da escolha do regime de bens aos

<sup>66</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018. p. 116;117.

<sup>67</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018. p. 114.



nubentes maiores de 70 anos, fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade. O legislador de 2002 manteve no inciso II do artigo 1.641 a versão de incapacidade civil dos nubentes sexagenários, apenas elevando a idade.

A Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, foi publicada no ano de 2003 que traz em seu artigo 4º a proibição de toda e qualquer discriminação ao idoso: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”<sup>68</sup>

Essa proibição está diretamente relacionada à preservação da igualdade material, consagrada na Constituição da República. Ter mais de setenta anos não permite que seja justificativa para qualquer tipo de discriminação.

Roberta Pappen da Silva nesse sentido expressa que:

Sinala-se que a idade não é critério de discriminação, muito menos condição para atuação dos atos da vida, pois não torna um ser humano menos cidadão que o outro. Contudo, apesar de ser dos menos precisos, o critério cronológico é um dos mais utilizados para estabelecer o que é ser idoso, até para delimitar a população de um determinado estudo, ou para análise epidemiológica, ou com propósitos administrativos e legais voltados para desenho de políticas públicas e para o planejamento ou oferta de serviços. A experiência galgada pela vivência não se aprende e sim, se conquista. Desta forma, assegurar a dignidade aos idosos é fundamental para que seja alcançado o fim social almejado, qual seja, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.<sup>69</sup>

Nesse sentido, a proibição trazida pelo Estatuto do Idoso contra toda e qualquer discriminação se aplica também à proibição elencada no artigo 1641, II do Código Civil, que proíbe aos maiores de 70 anos a escolha do regime de bens. Ninguém pode ser discriminado em razão da idade.

Os princípios que valorizam a pessoa humana e que são consagrados pela Constituição Federal de 1988 estão expressamente previstos no texto do artigo 2º do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), tais como a liberdade e a integridade física e a integridade moral.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei,

<sup>68</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

<sup>69</sup> SILVA, Roberta Pappen. **Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7723/estatuto-do-idoso>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.<sup>70</sup>

Pode-se concluir ante todo exposto que trata-se de uma situação inconstitucional porque há um vício material recaído sobre o art. 1.641, inciso II, do Código Civil. A inconstitucionalidade material se apresenta quando a violação é ao conteúdo da Constituição.<sup>71</sup>

Ao restringir a liberdade de escolha do idoso há conseqüentemente violação à sua dignidade. Essa apresenta-se como fundamento constitucional previsto no art. 1º, enquanto aquela encontra-se no art. 5º, caput, da Constituição Federal vigente.

Segundo Pedro Lenza<sup>72</sup> pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

Portanto, o controle a ser realizado perante tal situação é o difuso, pois qualquer juiz pode analisar a questão de inconstitucionalidade do mencionado inciso.

Outra questão polêmica que envolve a questão do regime de bens imposto aos idosos maiores de 70 anos é a respeito da aplicabilidade da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal.

Referida súmula diz que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”<sup>73</sup>. Se há comunicabilidade entre os bens adquiridos ao longo do casamento, não há, então, que se falar em regime de separação de bens.

Segundo Rolf Madaleno a edição da Súmula 377 se deu com a finalidade de se evitar o enriquecimento ilícito, veja:

Está sedimentado que um dos evidentes propósitos do Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula n. 377, a par da questão pontual do artigo 259 do Código Civil de 1916, também foi o de evitar o enriquecimento ilícito nos

<sup>70</sup> BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

<sup>71</sup> CASTRO, Gabriel. **Tipos de inconstitucionalidade: você sabe quais são?** Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/tipos-de-inconstitucionalidade-voce-sabe-quais-sao/>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

<sup>72</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. Editora Saraiva. 2013, p. 288.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso: em 18 de junho de 2019.

casamentos de imposição do regime da separação de bens, porque o patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum terminava em mãos de só um dos cônjuges, de hábito o varão, sob cuja titularidade restava inscrito o acervo construído durante toda a história do matrimônio.<sup>74</sup>

Tal situação foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal visando resguardar o enriquecimento sem causa de acordo com o que está previsto no art. 1.641, inciso II, do Código Civil sem análise do mérito de constitucionalidade do teor desse artigo.

---

<sup>74</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018. p.126.

## Considerações Finais

Após realizado o estudo envolvendo o regime de bens do casamento de uma pessoa idosa com mais de 70 anos, percebe-se que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil não está em consonância com os ditames previstos na Constituição Federal.

Todo estudo mencionado anteriormente se fez necessário para sanar a seguinte indagação: “Diante da alteração legislativa do art. 1641, inciso II, do Código Civil ocorrido em 2010, é inconstitucional o dispositivo legal que determina o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos?”

Tendo em vista o que se entende sobre os direitos do idoso, levanta-se a hipótese de o art. 1.641, inciso II, do Código Civil é atentatório do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz, e por isso, conseqüentemente é inconstitucional.

Pois, ninguém pode ser tratado com indiferença, somente em razão do sexo ou idade, pois caso aconteça tal discriminação incorrerá em ofensa aos direitos da igualdade e liberdade do indivíduo.

Como estudado quando uma lei ou ato normativo encontra-se em desacordo dos preceitos constitucionais, a mesma deverá ser objeto de controle constitucional.

Mencionado artigo não atende o que está previsto na Constituição porque fere um fundamento expresso no art.1º, inciso III que é a dignidade humana. Além da dignidade humana, há também ofensa ao art. 5º caput no que tange à liberdade e a propriedade.

Se não harmonia com o texto constitucional, há de concluir que tal artigo apresenta inconstitucionalidade material e que o controle a ser realizado perante tal situação é o difuso, pois qualquer juiz pode analisar a questão de inconstitucionalidade do mencionado inciso.

Quando se exclui o idoso maior de 70 anos de idade de não poder optar pelo regime de bens em caso contrair matrimônio, está na verdade lhe retirando a dignidade, a liberdade e o desejo de destinar sua propriedade a quem desejar, tendo em vista, que casar sob um regime que lhe permite dividir os bens que lhe pertence não é considerado crime.

Apesar de o regime de bens imposto ao idoso com mais 70 anos ser o regime de separação de bens, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os bens adquiridos ao longo do casamento são comunicáveis. Isso sucedeu visando evitar o enriquecimento sem causa, pois se um dos cônjuges adquiriu algo na constância do casamento, houve nem que seja de maneira indireta, contribuição do outro cônjuge.

A questão analisada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 377 não envolveu o mérito da inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II do Código Civil. Portanto, há de manter pela inconstitucionalidade de tal artigo, tendo em vista, que a normatização prevista na Constituição Federal deve ser respeitada pelas normas infraconstitucionais.

No caso em questão há desrespeito ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e da liberdade prevista no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

## Referências

ADI nº 127-AL. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/905471/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-qo-127-al?ref=serp>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Editora Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de junho de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

BRASIL. **Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.466 de 12 de julho de 2017**. Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2)>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Brasília-DF, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de; FERREIRA, Matheus; PEREIRA, Jeferson Botelho. **Reflexões jurídicas sobre o art. 1.641, II, do CCB, no tocante à obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62533/reflexoes-juridicas-sobre-o-art-1641-ii-do-ccb-no-tocante-a-obrigatoriedade-do-regime-de-separacao-de-bens-para-maiores-de-70-anos>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

CASTRO, Gabriel. **Tipos de inconstitucionalidade: você sabe quais são?** Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/tipos-de-inconstitucionalidade-voce-sabe-quais-sao/>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. Editora Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. Editora Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 23ª edição. Editora Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª edição ver., atual. e ampl. Editora Forense, 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª edição. Editora Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. Editora Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª edição. Editora Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. 2ª edição. Editora Renovar, 2003.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Breve resumo de controle de constitucionalidade-abstrato e difuso**. Disponível em: <  
<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso>>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25ª edição rev., atual e ampl. Editora Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios norteadores do Direito de Família**. 1ª edição. Editora Del Rey, 2006.

SILVA, Ana Paula Almeida da. **Pais idosos: responsabilidade familiar**. Disponível em: < <https://anaufms.jusbrasil.com.br/artigos/186614542/pais-idosos-responsabilidade-familiar>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. **Princípios norteadores do Direito de Família**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 16 de junho de 2019.

SILVA, Roberta Pappen. **Estatuto do Idoso: em direção a uma sociedade para todas as idades**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/7723/estatuto-do-idoso>>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Separação de bens não é obrigatória para idoso quando casamento é precedido de união estável**. Disponível em: <  
[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-)

obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

VAZ, Getulio. **A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 173, p.104 jan./mar. 2007.

WANDELEY, Maira Cauhi. **A autonomia da vontade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-autonomia-da-vontade,51944.html>>. Acesso em: 17 de junho de 2019.