

MERE XAVIER PEREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO  
REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS  
SEXAGENÁRIOS**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG  
2010

MERE XAVIER PEREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO  
REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS  
SEXAGENÁRIOS**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharelado em Direito, sob a orientação do Professor Cláudio Boy Guimarães.

FIC - CARATINGA  
2010

Devemos aprender durante toda a vida, sem imaginar que a sabedoria vem com a velhice.

Platão

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha querida avó Juracy (*in memoriam*) que foi e sempre será para mim grande exemplo de sabedoria, bem como, de dedicação e amor à família e ao nosso bondoso Deus.

## **AGRADECIMENTOS**

“Se podemos sonhar também podemos tornar nosso sonho realidade.” (Walt Disney). Não foi nada fácil chegar até aqui. Ver realizado um sonho que antes parecia inalcançável parece ser um novo sonho, mas, hoje sei que é real, porque com o apoio e o amor de pessoas especiais foi possível vencer todas as barreiras e dificuldades que se levantaram em meu caminho. Assim, agradeço primeiramente aos meus amados e queridos pais, Cléia e Mário, base de minha vitória, que confiaram em meus passos, dando-me créditos para acertar e errar, sendo exemplos de vida e força. À minha irmã Jaciara, predileta e única, que muitas vezes foi mais que irmã, sendo amiga, conselheira e grande referencial em minha vida, sei que esta conquista também pertence a você, uma vez que seus estímulos me fizeram vencer. Ao meu querido cunhado Waldecir, que no lugar de irmão ajudou a construir meu caráter nesses anos de convivência. Agradeço especialmente, ao meu grande amor, Ronaldo, que tornou o meu mundo, um mundo melhor, que tantas vezes me ouviu com paciência e mansidão; seu amor, carinho e companheirismo foram armas para esta vitória. Aos meus amigos Rodrigo, Greice e Daiane, tenho certeza que compartilhamos esses anos de nossas vidas, podendo sentir que aqui nos encontramos e nos tornamos amigos de verdade. Finalmente, agradeço ao meu amado Deus, força da minha vida, sem ele eu não teria chegado aqui, pois me concedeu sabedoria para aprender discernir, alegria e entusiasmo, para transmitir aos que estavam ao meu lado, coragem para luta e perseverança para vencer. Obrigada a todos, valeu a pena, este momento é apenas o começo...

## RESUMO

A presente monografia busca questionar a constitucionalidade da norma que impõe o regime da separação de bens aos nubentes maiores de sessenta anos, estabelecida no art. 1641, II, do Código Civil de 2002. A discussão gira em torno da incompatibilidade desta norma com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem como com o direito fundamental da liberdade individual. O intuito do legislador ao impor o regime de separação de bens obrigatória foi proteger os nubentes que se encontram nessa condição de um casamento baseado apenas em interesses patrimoniais, o tão conhecido *golpe do baú*. No entanto, uma vez confrontados os princípios supracitados com o interesse meramente patrimonial tutelado pela norma em questão, concluiu-se que a mesma afigura-se inconstitucional, havendo a presunção de que o maior de sessenta anos seja incapaz de escolher livremente o regime de bens que melhor o atenda. No intuito de resolver essa questão, pretende-se demonstrar através da presente monografia, que ainda que a idade seja elevada para 70, 80 ou 90 anos, a imposição continuará a ferir princípios constitucionais, outrossim, que necessária é a revogação dessa imposição de nosso ordenamento ante sua inconstitucionalidade material, e até que isso venha ocorrer, cabe ao Judiciário a ousadia de decidir favoravelmente, voltado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e ao direito a liberdade individual, pela livre escolha do regime de bens aos sexagenários. No mais, admitir a validade dessa norma após o advento da Lei 10.741 de 2003, que consagrou o Estatuto do Idoso, significa na verdade um retrocesso do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que referido Estatuto busca dar fim a toda e qualquer tipo de discriminação que a pessoa idosa possa sofrer em razão da idade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Separação Obrigatória de Bens, Casamento de Sexagenários, Inconstitucionalidade

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>07</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS</b> .....	<b>09</b>
<b>1 - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 – Sistemas do Controle de Constitucionalidade</b> .....	<b>13</b>
1.1.1 – As Ações do Controle Concentrado.....	14
1.2 – Inconstitucionalidade Material e Inconstitucionalidade Formal.....	17
1.3 – O Código Civil e a Supremacia da Constituição.....	18
<b>2 – O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS</b> .....	<b>20</b>
2.1 – Das hipóteses da Imposição do Regime da Separação Obrigatória de Bens .....	23
2.2 – Separação de Bens Legal e Separação de Bens Convencional .....	25
2.3 – A Aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal .....	26
<b>3 – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	<b>30</b>
3.1 – Da Ofensa a Direitos e Princípios Constitucionais do Idoso .....	32
3.1.1 – Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.....	33
3.1.2 – Princípio Constitucional da Igualdade.....	36
3.1.3 – Direito Fundamental da Liberdade Individual.....	38
3.2 – Os Projetos de Lei que versam sobre o tema .....	39
3.3 – O Estatuto do Idoso .....	40
3.4 – Jurisprudências sobre o tema .....	41
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>46</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A Inconstitucionalidade da imposição do regime da separação total de bens aos sexagenários”, tem por objetivo demonstrar que esta imposição aos nubentes que possuem mais de sessenta anos, inserta no art. 1.641, II, do Código Civil, vai de encontro com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do direito a liberdade individual. Sendo assim, levanta-se como problema a inconstitucionalidade do supracitado dispositivo, que priva o nubente sexagenário de livremente escolher o regime de bens de melhor lhe convenha. Outrossim, admitir a validade dessa norma após o advento da Lei nº 10.741/03, que consagrou o Estatuto do Idoso, significa na verdade um retrocesso, uma vez que referido Estatuto busca dar fim a toda e qualquer tipo de discriminação que a pessoa idosa possa sofrer.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, valendo-se de explanações legais, doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse ínterim, a presente monografia é de natureza transdisciplinar, vez que mescla informações de diferentes setores do conhecimento, tais como o Direito Civil e o Direito Constitucional, bem como Sociologia e Antropologia. Com enfoque no Direito de Família e no Controle de Constitucionalidade das leis, regido pelo Direito Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se o entendimento de Érica Verícia de Oliveira Canuto que defende a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, uma vez que limita a autonomia da vontade em razão da idade, presume indevidamente a incapacidade do sexagenário e traz previsão diversa em relação os nubentes de idade inferior.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, ainda que a idade para tal imposição seja elevada, continuará a ferir princípios constitucionais. Se fazendo necessária a revogação dessa imposição de nosso ordenamento ante sua inconstitucionalidade material, uma vez que viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e direito fundamental da liberdade individual. Cabendo ao judiciário, até que isto venha



ocorrer, a ousadia de decidir favoravelmente pela livre escolha do regime de bens aos sexagenários.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. O primeiro deles, sob o título “Do controle de Constitucionalidade”, abordará o controle de constitucionalidade das normas, conceituando e diferenciando a inconstitucionalidade material da inconstitucionalidade formal.

Já o segundo capítulo, intitulado “Da separação obrigatória de bens”, discutirá as hipóteses da imposição do regime de separação obrigatória de bens, bem como seus fundamentos, realizando um comparativo com a imposição estabelecida no Código Civil de 1916. Outrossim, realizará um estudo sobre a aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que estabelece a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento regido pelo regime de separação legal.

Por derradeiro, o terceiro e último capítulo, denominado “Da inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil”, explanará o objeto desta monografia, ou seja, a inconstitucionalidade material desta imposição à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e do direito a liberdade individual.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca da inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de demonstrar que a referida imposição vai de encontro ao que prescreve nossa Constituição.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem o que vem a ser o regime de “separação obrigatória de bens”, bem como, em que consiste a “inconstitucionalidade” e o conceito de “casamento de sexagenários”, os quais passa-se a explicar a partir de então.

O regime de separação de bens é aquele imposto pela lei, independentemente da vontade dos nubentes, como uma forma de tutelar o interesse dos nubentes, quando um ou ambos são sexagenários; ou quando se casam com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; ou quando há necessidade de suprimento judicial para realização do casamento. Nestes casos, os bens de um não se comunicarão ao outro, sendo preservados no patrimônio individual os bens e dívidas que possuíam antes do casamento, bem como aqueles adquiridos na sua constância. Cada nubente permanece com a exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo,

A sua imposição advém de lei, subsistindo mesmo que expressamente não convencionado, ou omissa o ato de celebração. Não se aplica, em tais hipóteses, a regra do art. 1.640 (art. 258 do Código pretérito). Ou seja, não vigorará o regime de comunhão parcial, e nem se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento.<sup>1</sup>

No que diz respeito ao casamento de sexagenários podemos definir como a sociedade do homem e da mulher, possuindo um ou ambos idade superior a 60 anos, que se unem afetivamente através de negócio jurídico bilateral de Direito de

---

<sup>1</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito Família. 5 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 634.

Família, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem de seus filhos e prestarem assistência mútua.

Por fim, conforme lição de Oswaldo Luiz Palu,

A inconstitucionalidade é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da incorreção formal (processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível, observada sempre verticalmente.<sup>2</sup>

Ademais, conforme registra José Afonso da Silva,

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.<sup>3</sup>

Assim, podemos definir a inconstitucionalidade como sendo a incompatibilidade de determinado ato normativo com o conteúdo material da Constituição Federal ou elaborado com inobservância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma definidos no texto constitucional.

---

<sup>2</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 63.

<sup>3</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.48.

## 1 - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para que os atos normativos subsistam validamente dentro do Ordenamento Brasileiro é necessário que sejam editados com observância das normas constitucionais, sob pena de serem afastados, definitivamente, através do controle de constitucionalidade, seja pela via do controle concentrado ou pela via do controle difuso.

Segundo Luís Roberto Barroso “toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos do Estado”.<sup>4</sup>

É em virtude do princípio da Supremacia da Constituição Federal que nenhum ato normativo infraconstitucional poderá subsistir validamente se incompatível com a Norma Maior que lhe confere fundamento.

Para que exista a garantia da Supremacia da Constituição em face dos atos normativos infraconstitucionais é necessário que a Constituição seja rígida e formalmente escrita. Assim, há a possibilidade de um controle de constitucionalidade em razão das espécies normativas que venham a confrontar a lei maior do país. Caso contrário, não sendo a Constituição rígida, nem escrita, não há como se admitir o controle de constitucionalidade.

É de ressaltar que, conforme ensina Canotilho

Nas constituições rígidas a reforma da Constituição reclama processo específico, mais rigoroso, digamos assim, do que aquele exigido no processo de elaboração de normas infraconstitucionais. Nas flexíveis, a *contrario sensu*, o modo de reforma da Lei Fundamental coincide com aquele utilizado para edição de leis ordinárias.<sup>5</sup>

Portanto, é neste contexto de supremacia e rigidez constitucional que se dirá se uma norma é de fato constitucional ou não.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 427.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1522.

Cabe ressaltar que a interpretação das leis conforme a Constituição é uma técnica utilizada em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que segundo este princípio há a presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos que se encontram em vigor. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade é uma medida excepcional, não podendo o juiz deixar de aplicar uma lei por mera suspeita, sem que haja a devida comprovação de sua incompatibilidade com a Constituição.

Assim, antes do julgador declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deverá o averiguar se existe alguma forma de interpretá-la em compatibilidade com a Constituição.

Noutro giro, o controle de constitucionalidade pode ser, quanto ao momento, preventivo ou repressivo. O primeiro tem a finalidade analisar e impedir que uma lei inconstitucional venha se tornar lei. É o controle realizado “[...] durante o processo legislativo de formação do ato normativo”<sup>6</sup>. Já o controle repressivo, ocorre quando a lei já se encontra em vigor. Estando a lei ou ato normativo, que se encontram em vigor, viciados pela inconstitucionalidade, pode se desfazer destes através do controle repressivo.

Outrossim, quanto ao órgão, o controle de constitucionalidade poderá ser político, jurisdicional, ou misto. O político é o ato de bem governar em prol do interesse público, sendo exercido pela corte constitucional. O jurisdicional é exercido por um órgão do Poder Judiciário. O Misto, por sua vez, é exercido tanto pelo órgão jurisdicional quanto pelo político.

Em regra, o controle repressivo é exercido pelo órgão jurisdicional, já o controle preventivo é exercido pelo órgão político.

Quanto à forma de provocá-lo, o controle de constitucionalidade poderá se dá pela de via incidental ou pela via principal. Na via incidental a alegação de inconstitucionalidade não é a demanda principal, mas questão prejudicial. Pela via principal, a inconstitucionalidade é matéria de mérito, suscitada através de ação própria, mediante processo constitucional autônomo.

---

<sup>6</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.

## 1.1 – Sistemas do Controle de Constitucionalidade

Com relação à titularidade, o controle de constitucionalidade poderá ocorrer pelo sistema difuso ou pelo sistema concentrado. Será difuso quando a competência para análise da constitucionalidade da norma for reconhecida a qualquer juiz responsável pela aplicação de determinada lei a determinado caso concreto submetido ao judiciário.

No controle difuso não se julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, apenas analisa a questão e deixa de aplicá-la àquele caso específico que se esteja julgando.

O sistema difuso, segundo Alexandre de Moraes, “[...] caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”<sup>7</sup>.

Neste sistema, tanto autor quanto réu pode alegar a inconstitucionalidade, pois a decisão tem efeito *inter partes*, ou seja, a abrangência da decisão é apenas entre as partes envolvidas no processo, conseqüentemente terá efeito retroativo, pois foi aplicado o dogma da nulidade.

Por outro lado, o sistema será o concentrado quando a competência para decidir definitivamente quanto a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo couber a um único órgão, com exclusão dos demais.

As ações diretas no sistema concentrado tem por mérito a questão da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. Não há a discussão de nenhum outro interesse, não há partes no processo. Pelo contrário, este sistema possui interesse maior na discussão da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

No que se refere aos efeitos, a regra é de que as decisões proferidas em sede de controle difuso terão efeito *inter partes*, ou seja, somente vincularão as partes envolvidas na relação processual. Já as decisões proferidas em sede de controle concentrado terão efeito, ao passo que aquelas proferidas na via do controle concentrado terão efeito *erga omnes*, isto é, ninguém poderá ignorá-la, tornando-se obrigatória a observância à todos.

---

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 561.

É de ressaltar que o controle difuso poderá ser abstrato ou concreto, ao contrário, o controle concentrado será sempre abstrato. Será abstrato quando se der de forma genérica, impessoal, sem analisar um caso concreto.

No Brasil ambos os sistemas são utilizados, sendo que o controle concentrado é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição Federal.

### **1.1.1 – As Ações do Controle Concentrado**

O controle concentrado pode ocorrer através das seguintes ações: ação direta de inconstitucionalidade (genérica, por omissão, ou interventiva), ação declaratória de constitucionalidade, e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica objetiva a retirada da lei incompatível com a Constituição Federal, a fim de se obter sua invalidade, uma vez que as relações jurídicas não podem se basear em normas inconstitucionais. Sendo que o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável por julgar e processá-la, originariamente.

Para Alexandre de Moraes

Haverá cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e, que ainda estejam em vigor.<sup>8</sup>

Ao contrário, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca evitar a inércia do Poder Público que porventura deixa de regulamentar ou criar uma nova lei ou ato normativo exigidos pela Constituição. A chamada inconstitucionalidade por omissão reside na incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor.

---

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 579.

## Segundo o supracitado autor

na conduta negativa consiste a inconstitucionalidade. A constituição determina que o Poder Público tivesse uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. O Poder Público omitiu-se, tendo, pois, uma conduta negativa.<sup>9</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, por sua vez, é medida excepcional prevista no artigo 34, inciso VII, da Constituição Federal, sendo utilizada quando um dos Estados-membros ou Distrito Federal, no exercício de suas competências, deixa de observar os princípios constitucionais descritos no supracitado inciso.

Esses princípios são denominados de princípios sensíveis. Segundo Moraes

são denominados de princípios sensíveis constitucionais, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política.<sup>10</sup>

Quem decreta a intervenção é o Presidente da República, no entanto depende de requisição do Supremo Tribunal Federal, o qual se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se somente essa medida bastar.

Noutro giro, a ação declaratória de constitucionalidade busca afastar a incerteza da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, evitando-se diversas interpretações e entendimentos contraditórios a respeito destes. Existem casos em que câmaras e turmas de um mesmo tribunal possuem entendimentos contrários quanto uma lei ou ato normativo, neste caso, necessária a declaração de constitucionalidade destes a fim de resguardar a segurança jurídica dos interesses envolvidos.

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 601.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 599.



Tem legitimidade para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, segundo o artigo 103 da Constituição Federal, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de 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, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No entanto, a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por intervenção encontra-se prevista no artigo 36, inciso III, da Constituição Federal.

A decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em discussão terá os seguintes efeitos: *ex tunc*, em virtude do dogma da nulidade; *erga omnes*, uma vez que será assim oponível contra todos; vinculante, eis que sua vinculação será obrigatória a todos os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário, bem como, ao legislativo; e represtatório, em princípio vai ser restaurada uma lei que poderia ser revogada.

Por fim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação constitucional do sistema concentrado que visa evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, resultante de ato do público. Alexandre de Moraes aduz que “preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.”<sup>11</sup>

A competência para processar e julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental é do Supremo Tribunal Federal, sendo que os legitimados para sua propositura são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, segundo o artigo 2º, I, da Lei 9.882/99.

---

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. Jurisprudência Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000, p. 213.

## 1.2 – Inconstitucionalidade Material e Inconstitucionalidade Formal

Como dito anteriormente, a inconstitucionalidade consiste na incompatibilidade de determinado ato normativo com o conteúdo material da Constituição Federal ou elaborado com inobservância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma definidos no texto constitucional.

A constitucionalidade de uma norma pode ser analisada, através do controle de constitucionalidade, sob dois aspectos: formal e material.

Paulo Bonavides afirma que no aspecto formal

Há um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes.<sup>12</sup>

Se a inconstitucionalidade resulta da inobservância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma definidos no texto constitucional, diz-se inconstitucionalidade formal.

Nossa Constituição estabelece regras para o processo legislativo que devem ser obrigatoriamente observadas, no entanto, caso isto não ocorra, resultará na inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo, através do controle de constitucionalidade pelo judiciário, seja pela sistema difuso ou pelo concentrado.

Já o aspecto material, segundo o supracitado autor,

É um controle criativo, substancialmente político. (...) incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 809.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 812.

Outrossim, nas palavras de Marcello Caetano, “se a inconstitucionalidade resulta de Lei a conter preceitos que estejam em contradição com a doutrina constitucional, diz-se inconstitucionalidade material<sup>14</sup>”.

### **1.3 – O Código Civil e a Supremacia da Constituição**

O Direito Civil, do qual faz parte o Direito de Família, encontra-se inserido no contexto do Direito Privado, e, apesar de possuir normas imprescindíveis, é regido, sobretudo, pelo princípio da autonomia da vontade.

A autonomia privada, sem dúvida, é a mais importante manifestação do princípio da liberdade jurídica, um dos pressupostos do Direito Civil. Há a presunção de que as partes se encontram em posições iguais, o que lhes permite determinar-se pela livre manifestação da vontade nas relações jurídicas, desde que não contrarie a lei, nem os bons costumes.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, “em sua gênese, o direito civil já podia ser identificado como o lócus normativo dedicado ao indivíduo como tal. O direito civil constituía o ramo do direito mais distante do direito constitucional”.<sup>15</sup>

O direito civil codificado surgiu com a intenção de ser completo no trato das questões da vida privada dos indivíduos, subtraindo, desta forma, qualquer tratamento a ser dispensado pela Constituição relativo à matéria.

Todavia, com o surgimento de diversos microssistemas autônomos, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, o Estatuto da Terra, as normas de proteção ao direito do trabalho e etc., que procuravam tratar de forma mais adequada do que o Código Civil, este acabou perdendo a primazia que antes ocupava.

Com o surgimento dessas diversas leis infraconstitucionais a Constituição conseguiu resgatar sua posição no cume do ordenamento jurídico, recuperando sua supremacia em face das demais leis e atos normativos.

Com o advento da Constituição de 1988, esta passou a ser o referencial de validade das normas. Assim, todas aquelas normas infraconstitucionais passaram a

---

<sup>14</sup> CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. 6 ed. rev. amp. São Paulo: Almedina, 2006, p. 208.

<sup>15</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César. Direito Civil. Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 205.

ser consideradas inferiores, tendo que buscar na Carta Constitucional seu fundamento de validade, sob pena do vício da inconstitucionalidade.

Necessária o resgate da conclusão de Julio César Finger:

(...) todo direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional. Superou-se, também, conseqüentemente, outra divisão, a qual, mais que metodológica, expressava toda uma visão do ordenamento jurídico: a absoluta separação entre direito público e privado.<sup>16</sup>

Portanto, apesar da existência da separação entre direito público e direito privado, não é permitido que qualquer ramo do direito pretenda ser autônomo em face da Constituição, uma vez que todas as normas hierarquicamente inferiores, por mais que sejam consideradas autônomas, devem respeitar a Supremacia Constitucional.

Conforme arremata o supracitado autor

O direito civil, de modo especial, ao expressar tal ordem de valores, tinha por norte a regulamentação da vida privada unicamente sob o ponto de vista do patrimônio do indivíduo. (...) O direito civil, de um direito proprietário, passa a ser visto como uma regulação de interesses do homem que convive em sociedade, que deve ter um lugar apto a propiciar seu desenvolvimento com dignidade. Fala-se, portanto, em despatrimonialização do direito civil, como conseqüência da sua constitucionalização.<sup>17</sup>

O direito civil constitucionalizado demonstra estar em busca de um fundamento ético, deixando de excluir o homem e seus interesses não-patrimoniais, na regulação patrimonial que sempre pretendeu ser.

---

<sup>16</sup> FINGER, Julio César. Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. *In*: A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 97.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

## 2. O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

A realização do casamento faz surgir aos cônjuges direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial, se fazendo necessária a estipulação de regras quanto a regulamentação dos aspectos patrimoniais da sociedade conjugal através da escolha de uma regime de bens, bem como da utilização do pacto antenupcial.

Nas palavras do civilista Caio Mário da Silva Pereira

A essência das relações econômicas entre casados reside, efetivamente, nos regimes de bens, sobre os quais a doutrina, tanto nacional como estrangeira, se estende, deles cogitando igualmente as legislações. Não se pode, em verdade, conceber um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, e ainda que os cônjuges conservassem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos patrimoniais, pois a lei que o estabelecesse estaria instituindo desta maneira um regime de bens.<sup>18</sup>

Segundo ensina Carlos Roberto Gonçalves o regime de bens pode ser entendido como:

(...) 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.<sup>19</sup>

A regra geral, segundo o art. 1.639 do Código Civil, é que os nubentes tem plena liberdade na escolha do regime de bens que melhor lhes convier, facultando lhes à livre escolha dentre a variedade de regime de bens oferecidos pela lei, que poderá ser alterado no curso do casamento, através de autorização judicial, podendo até se formar um regime misto através do pacto antenupcial, desde que não contrário ao princípio da ordem pública ou em fraude à lei.

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 585.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 6, p. 649.

No entanto, esta regra tem exceções previstas no art. 1641 do Código Civil que estabelece o regime de separação obrigatória de bens, *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;  
II – da pessoa maior de sessenta anos;  
III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial<sup>20</sup>.

O regime de separação de bens obrigatória é aquele imposto pela lei, independentemente da vontade dos nubentes, como uma forma de tutelar o interesse dos nubentes, quando um ou ambos são sexagenários; ou quando se casam com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; ou quando há necessidade de suprimento judicial para realização do casamento.

Nestes casos, o legislador, “por razões de ordem pública, visando proteger o nubente ou terceiro ou por ser exigido como sanção<sup>21</sup>”, impôs a separação obrigatória de bens.

Segundo Silvio Rodrigues

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, de pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos 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.<sup>22</sup>

Os casos previstos nos incisos I e III do artigo 1.641 do referido Diploma Legal não são permanentes, portanto, cessada a causa suspensiva ou o motivo que tornou necessário o suprimento judicial, os cônjuges poderão optar livremente por outro regime de bens, requerendo a devida alteração, conforme dispõe o § 2º do

<sup>20</sup> 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/L10406.htm>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2010.

<sup>21</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 19 ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 173.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Silvio. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 154.

artigo 1.639 do Código Civil. Para os idosos, contudo, essa causa da imposição nunca cessa, porquanto de ordem etária, fato que não se reverte.

O Código civilista de 1916 já disciplinava o regime da separação obrigatória de bens em seu art. 258, parágrafo único, *in verbis*,

Art. 258 – Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório a separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II – do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor;

IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, II, 426, I, e 453).<sup>23</sup>

Percebe-se que o Código de 1.916 estipulava o regime da separação de bens obrigatória ao homem com idade superior a 60 anos e à mulher com mais de 50 anos. O legislador no atual Código Civil optou pela manutenção do regime da separação de bens obrigatória, sendo que a principal mudança em relação ao Código anterior foi a equiparação da idade de 60 anos para homens e mulheres em atendimento às diretrizes constitucionais. Outrossim, foi retirada a hipótese do órfão de pai e mãe, que era prevista no inciso III, parágrafo único do art. 258 do Código de 1916.

Outra inovação do atual Código Civil, quando o casamento é realizado no regime da separação de bens, foi estabelecer a liberdade do cônjuge em dispor de seu patrimônio particular sem anuência do outro cônjuge, conforme estabelece o artigo 1.648 do Código Civil. Todavia, o Código mantém a obrigatoriedade dessa anuência para os demais regimes.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei, nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/Lei3071.htm>>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

## 2.1 – Das hipóteses da Imposição do Regime de Separação de Bens

A primeira hipótese que o legislador entende merecedora de proteção através da imposição do regime da separação de bens está ligada aos nubentes que se casam com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, inserta no artigo 1641, I, do Código Civil.

Nas palavras de Milton Paulo de Carvalho Filho

O legislador impõe a separação de bens privando os nubentes da livre escolha do regime que regerá seu casamento. Entendendo o legislador que o casamento foi realizado de forma irregular, ele mesmo impõe a separação de bens como ônus aos nubentes que não terão a livre escolha do regime que regerá seu casamento.<sup>24</sup>

É de ressaltar que as causas suspensivas da celebração do casamento, encontram-se previstas no artigo 1.523 do Código Civil:

Art. 1523 – Não devem casar:

I – O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer 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 10 (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.<sup>25</sup>

O objetivo do legislador ao disciplinar que as pessoas citadas no inciso I e II não devem se casar é evitar a confusão de patrimônio dos cônjuges, que poderá trazer prejuízos aos filhos do casamento anterior.

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2007, p. 1.603.

<sup>25</sup> 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.



Já no inciso II o intuito do legislador foi evitar a *confusio sanguinis*, ou seja, evitar dúvidas quanto a paternidade do filho que venha a nascer dentro do lapso temporal de 10 meses após o falecimento do cônjuge anterior ou da dissolução da sociedade. O inciso IV, por sua vez, visa a proteção das pessoas que se encontram em poder de outras, como no caso da tutela e da curatela.

As causas suspensivas descritas nos incisos I, III e IV do supracitado artigo podem deixar de existir após certo tempo, assim, o legislador possibilitou o afastamento delas, através do judiciário, caso fique provada a ausência de prejuízo para o cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada, bem como, no caso de prova do nascimento do filho ou ausência de gravidez no prazo indicado.

A Segunda hipótese de proteção através da imposição do regime da separação de bens, inserta no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, tema central do presente trabalho monográfico, está ligada ao nubente maior de 60 anos,

Por ora cumpre dizer que o intuito do legislador ao impor o regime de separação obrigatória aos maiores de sessenta anos foi proteger o nubente sexagenário de um casamento oportunista e interesseiro, afastando o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem com alguém mais idoso. Todavia, cabe ressaltar que a imposição subsistirá mesmo que ambos os nubentes sejam sexagenários ou mesmo ante a inexistência de bens.

Por fim, o inciso III do art. 1.641 estabelece que todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar, deverão fazê-lo através do regime da separação de bens. Segundo Milton Paulo de Carvalho Filho,

O inc. III também evidencia o caráter protetor do legislador, com vistas a evitar que os menores que se casam com suprimento judicial possam sofrer consequências de cunho patrimonial futuramente. Entretanto, diversamente do que previa o diploma anterior, o atual Código permite aos nubentes menores de idade que façam a opção pelo regime de bens que lhe aprouver, caso tenham a autorização de ambos os pais ou representantes legais para o casamento.<sup>26</sup>

Neste caso, o legislador verificou a necessidade da proteção do nubente que realiza o casamento através de suprimento judicial, no entanto, possibilitou a escolha de outro regime após o advento da maioridade.

---

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO. Milton Paulo de. Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2007, p. 1.604.

## 2.2 – Separação de Bens Legal e Separação de Bens Convencional

O Código Civil de 2002 disponibiliza aos nubentes quatro opções de regime de bens: comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e participação final dos aquestos. Como dito anteriormente, a regra geral é que os cônjuges podem escolher um desses regimes, como também podem fazer a escolha de um regime misto.

Entre esses regimes, destacamos o regime da separação de bens que poderá vigorar no casamento por fruto de livre convenção dos nubentes ou por imposição legal. Caso o regime de bens do casamento seja o de separação de bens convencional, em virtude da livre escolha dos nubentes, a sistemática adotada será a dos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil que dispõe, *in verbis*,

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.<sup>27</sup>

No regime de separação de bens não há a comunicação dos bens ao outro cônjuge, sendo preservados no patrimônio individual os bens e dívidas que possuíam antes do casamento, bem como aqueles adquiridos na sua constância. Cada nubente permanece com a exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens. Por sua vez, os cônjuges devem contribuir para as despesas do casal, na proporção de seus respectivos rendimentos, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Maria Helena Diniz ressalta que

Existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher. Há a incomunicabilidade não só dos bens que cada qual

---

<sup>27</sup> BRASIL. Lei, nº 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 outubro de 2010.

possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges. Assim, esse regime em nada influi na esfera pecuniária dos consortes. Não há proibição de gravar de ônus real ou alienar bens, inclusive, imóveis, sem o assentimento do outro cônjuge.<sup>28</sup>

Enfim, nesse regime não há interferência de um cônjuge no patrimônio do outro e, conforme salienta Silvio Venosa, a "característica desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens".<sup>29</sup>

Os efeitos da separação de bens obrigatória serão praticamente os mesmos da separação de bens convencional, contudo, os efeitos sucessórios, irão variar conforme o caso, eis que em se tratando de separação obrigatória o cônjuge sobrevivente não será meeiro nem herdeiro, já no caso de separação convencional, embora não seja meeiro, poderá vir a ser herdeiro, conforme dispõe o art. 1829, I do Código Civil.

Tanto no regime imposto por lei como no estipulado por livre escolha dos nubentes, o patrimônio de um não se comunica ao outro, ou seja, cada um é dono de si na questão patrimonial. Todavia, caso o regime de Separação de Bens seja o convencional os nubentes poderão, através do pacto antenupcial, dizer que determinado bem é comunicável ao outro, como por exemplo, a residência do casal.

### **2.3 – A aplicabilidade da Súmula 377**

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, promulgada em 1964, estabelece que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento"<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 19 ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172.

<sup>29</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família - V. 6, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 196.

<sup>30</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência. Disponível em <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

Esta Súmula surgiu na vigência do Código de 1916 possibilitando a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento realizado sob o regime de separação de bens obrigatória.

Apesar de opiniões contrárias, os tribunais do país aplicavam o disposto pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal por entender que os bens adquiridos na vigência do casamento, vez que não seria razoável permitir o enriquecimento de um cônjuge em detrimento do outro.

Com o advento do Código Civil de 2002, que optou por manter o regime de separação obrigatória de bens, a manutenção da supracitada súmula é colocada em discussão pela doutrina e jurisprudência, tendo que vista que o legislador se manteve silente quanto a esta questão.

Certo é que se o legislador pretendesse a comunicabilidade dos aquestros no regime da separação obrigatória de bens teria disciplinado esta matéria no atual Código civilista. Por outro lado, a manutenção da Súmula tende a privilegiar o esforço comum dos cônjuges, evitando o enriquecimento de um em detrimento do outro.

A atual doutrina se divide quanto a aplicabilidade desta Súmula. Entre os contrários destacamos Silvio Rodrigues, que entende que se o atual Código não reproduziu o disposto no artigo 259 do Código anterior não seria justificável aplicar o enunciado da Súmula. De outro lado, Érica Verícia de Oliveira Canuto, defende a aplicabilidade desta Súmula, bem como, que não existe o regime da separação obrigatória, considerando que os bens adquiridos na constância do casamento são comunicáveis, não necessitando de produção de provas do esforço comum.

Segundo o artigo 1.511 do Código Civil, “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na qualidade de direitos e deveres dos cônjuges”<sup>31</sup>, por sua vez a Constituição Federal em seu art. 226, §5º, dispõe que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos cônjuges. Ou seja, de acordo com o que estabelece tais artigos percebe-se que o objetivo dos cônjuges ao se unirem foi se unir estabelecendo uma comunhão de vida, compartilhando não somente amor, alegrias e tristezas, mas também sonhos.

Cabe ressaltar que a Súmula 377 foi promulgada em face dos princípios norteadores do casamento, privilegiando a divisão dos bens que porventura forem

---

<sup>31</sup> BRASIL. Lei, nº 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 outubro de 2010.

adquiridos na constância do casamento, que por vezes, foi adquirido com a cooperação de ambos os cônjuges, seja no aspecto material quanto no imaterial.

Assim, considerando que o nubente que se casa sob o regime de separação de bens legal, não teve a liberdade de optar por outro regime, não há como deixar de defender a aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a mesma tende a beneficiar os cônjuges ante a imposição do referido regime, diminuindo os efeitos desta.

Recente jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatada pelo Desembargador Nicolau Masseli, reconheceu a aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Vejamos a ementa:

DIREITO CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE COMUNICABILIDADE DE AQUESTOS - CASAMENTO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - VIABILIDADE DE COMUNICAR OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 259 DO CC/1916 E DA SÚMULA 377/STF. - No regime de separação legal, cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como dos que forem a ele sub-rogados.- Nos termos do art. 259 do CC/1916, "prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento", não obstante o matrimônio tenha sido realizado sob o regime de separação total de bens.- Consoante o disposto na Súmula nº 377 do excelso Supremo Tribunal Federal, os aqüestos adquiridos na constância do matrimônio se comunicam, independentemente de prova de serem fruto do esforço comum. (TJMG Processo:1.0024.04.463859-1/001(1) Relator: Nicolau Masseli Data da Publicação: 25/01/2008).<sup>32</sup>

Neste viés Maria Berenice Dias afirma que

(...) a interpretação exata da súmula é no sentido de que, no regime da separação legal, os aquestos se comunicam pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando se resultaram, ou não, do esforço comum. Portanto, a jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial de bens para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma

<sup>32</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Consulta Jurisprudência. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=4&txt\\_proc\\_esso=463859&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=4&txt_proc_esso=463859&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.<sup>33</sup>

Assim, seguindo o entendimento de Érica Verícia de Oliveira Canuto, no casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, diante da aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 232.

### 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como dito anteriormente, o presente estudo centra-se na imposição do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos, inserta no inciso do II do art. 1.641 do Código Civil. A regra é incisiva e clara, quando um ou ambos os nubentes forem sexagenários não poderão escolher livremente o regime de bens, pelo contrário, terão que se casar sob o regime de separação de bens obrigatória.

A regra não tem exceções, mesmo que ambos os nubentes sejam sexagenários, ou mesmo que o nubente sexagenário não tenha bens, a imposição subsistirá.

O intuito do legislador ao criar esta imposição foi proteger o nubente sexagenário de um casamento oportunista e interesseiro, afastando o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem com alguém mais idoso, o conhecido “golpe do baú”.

Na vigência do Código de 1916, a doutrina defendia a imposição, entendendo que a mesma era medida necessária à proteção dos idosos. Destacamos as palavras de Pontes de Miranda

O maior de sessenta anos e a maior de cinquenta anos podem casar. Nenhum impedimento existe. Todavia, para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação.<sup>34</sup>

A doutrina assim entendida porque os tempos e costumes eram outros, naquela época não existiam medicamentos para curar a impotência sexual. No entanto, os tempos mudaram, a sociedade evoluiu. Hoje, já existem métodos que possibilitam aos idosos uma plenitude no relacionamento sexual.

---

<sup>34</sup> MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Vol. VIII. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. p. 214.

É de ressaltar que a pessoa idosa atualmente busca uma ótima qualidade de vida, praticando esportes e cuidando da saúde, deixando as cadeiras de balanço de lado para frequentarem bailes e festas noturnas, não somente para distração e lazer, mas, muitas vezes, em busca de um relacionamento amoroso.

Infelizmente, o Código Civil de 2002 deixou de acompanhar essa evolução, quando tratou do regime de bens, pois preferiu manter vigente uma regra que limita a autonomia privada, a igualdade e a dignidade do nubente idoso.

Neste sentido adota-se o entendimento de Érica Verícia de Oliveira Canuto como marco teórico do presente trabalho monográfico:

Entretanto, a sanção que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 60 anos, limitando a autonomia da vontade, exclusivamente calcada em razão da idade, deve ser interpretada como uma norma restritiva de direitos, que fere o fundamento da dignidade da pessoa humana e presume indevidamente, a incapacidade dos maiores de 60 anos, indo de encontro, inclusive, ao princípio da isonomia, já que a previsão de disciplina diversa para pessoas de idade inferior e garantia de liberdade. (...) O que faz o dispositivo é criar uma hipossuficiência objetiva em razão da idade. O que é de todo descabida e inconstitucional.<sup>35</sup>

Regina Beatriz Tavares da Silva, atualizadora da obra de Washington Barros Monteiro, se posiciona favoravelmente a imposição,

Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, n. I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, n. I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no regime de separação absoluta de bens. *In* Revista Brasileira de Direito de Família. V. 6. N. 26, Out/Nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM, p. 71/72.

<sup>36</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil - Direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2004, v. 2, p. 217/218.



Arnaldo Rizzardo tem posição intermediária quanto a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de sessenta anos. Segundo o autor “o correto apresentar-se-ia excepcionar a obrigatoriedade do regime de separação se ambos os nubentes fossem maiores de sessenta anos”.<sup>37</sup>

Apesar dos posicionamentos contrários, a doutrina majoritária entende que a imposição do regime da separação de bens aos maiores de sessenta anos fere flagrantemente direitos e princípios fundamentais básicos da pessoa idosa.

### **3.1 – Da ofensa a direitos e princípios constitucionais do idoso**

A Constituição Federal confere especial proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, de acordo com as peculiaridades inerentes a cada um. Assim, dispõe em seu artigo 230, que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida.”<sup>38</sup>

Segundo o legislador a norma que impõe o regime da separação obrigatória de bens ao idoso visa proteger o patrimônio do nubente sexagenário. Assim, garantindo sua vida, sua saúde e seu bem-estar, valores de que precisa para uma vida digna.

No entanto, demonstrar-se-á nos próximos sub-capítulos que a imposição do regime de separação de bens obrigatória aos sexagenários é uma norma materialmente inconstitucional, uma vez vai de encontro ao que prescreve nossa Constituição, ferindo flagrantemente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como o direito da liberdade individual.

---

<sup>37</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Lei 10.406, de 10.01.2002. 5 ed. rev atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 655.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acessado em: 05 de outubro de 2010.

### 3.1.1 – Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Mais que um princípio, a dignidade da pessoa humana foi estabelecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Isto significa que um dos fins do Estado brasileiro é propiciar as condições necessárias para que os cidadãos possam viver com dignidade.

Segundo Alexandre de Moraes

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.<sup>39</sup>

Para Cristiano Chaves 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 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.<sup>40</sup>

Este princípio confere ao cidadão a autonomia e autodeterminação para o exercício dos direitos fundamentais perante o Estado e aos demais, podendo escolher sobre questões que envolvam sua vida, sofrendo restrições apenas quando forem necessárias a garantia de um fim maior.

---

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 48.

<sup>40</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: Teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 98.

Segundo Michel Carlos Rocha Santos, professor e especialista em Direito Civil,

Não é plausível que o idoso seja cerceado do direito de poder escolher o regime de bens que melhor atender aos seus interesses no casamento. A imposição do regime de bens da separação ao sexagenário não se justifica. Contrária a dignidade da pessoa humana, em que haja qualquer substrato para tanto.<sup>41</sup>

O que se verifica é a existência de presunção de incapacidade do nubente sexagenário, simplesmente pelo fator idade, eis que o legislador entendeu erroneamente que o idoso não tem capacidade para escolher o regime de melhor lhe atenda.

Vale lembrar que todos os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos são presumidamente capazes de direito e deveres no ordenamento civil, porém existem pessoas que não podem sozinhas exercer esses direitos e deveres, pois apresentam capacidades reduzidas ou simplesmente não as possuem.

Nesse sentido, merece destaque as palavras de Maria Berenice Dias

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, o ajuizamento de ação de interdição, a fim de que se demonstre que de fato certa pessoa seja incapaz.<sup>42</sup>

Portanto, não se pode privar o nubente sexagenário da escolha do regime de bens de seu casamento simplesmente porque se encontra em determinada idade.

---

<sup>41</sup> SANTOS, Michel Carlos Rocha. O idoso e o regime de bens no casamento - Críticas à opção legislativa do Código Civil de 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14009>>. Acessado em 18 de fevereiro de 2010.

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

Todavia, havendo indícios da incapacidade do idoso, caberá ao interessado o ajuizamento da ação competente para tal, qual seja, a ação de interdição.

Caso o idoso se torne uma pessoa pródiga, a ponto de pôr em risco a sua saúde, vida, e bem estar, será cabível a sua interdição. Este instituto realiza melhor o objetivo constitucional de proteção ao idoso, bem como, a pessoas de qualquer idade nessa situação.

Se porventura ficar demonstrado que o idoso é capaz para realizar os demais atos da vida civil, também será plenamente capaz para contrair matrimônio e escolher o regime de bens que melhor lhe convenha.

Ressalta-se que se não existe vedação ao sexagenário de celebrar contrato de doação ou testar, resguardando-se apenas à legítima dos herdeiros, inconstitucional é a imposição. Ora, o direito privado, de caráter patrimonial, é direito disponível.

Érica Verícia de Oliveira Canuto faz a seguinte colocação

A lei permite a realização do casamento das pessoas maiores de 60 anos, que diz respeito à questão relativa ao estado da pessoa, constituindo-se em direito indisponível. Sem qualquer motivação justificável, limita a vontade dessas pessoas – apenas em razão da idade – no aspecto patrimonial do casamento, que é direito totalmente disponível.<sup>43</sup>

Em Suma, se a lei não proíbe o casamento do sexagenário, que é direito indisponível, porque proibir a escolha do regime de bens, que é direito disponível?

De ressaltar que atualmente pessoas maiores de sessenta anos governam nosso País, comandam grandes empresas, são magistrados, promotores de justiça, médicos e etc., ou seja, cuidam e decidem sobre a vida de outras pessoas. Neste sentido, essa imposição não se mostra razoável e pertinente, pois se uma pessoa é capaz de exercer até mesmo o mais alto cargo em nosso País, porque privá-la de dispor de seus próprios bens, através da livre escolha do regime de bens.

---

<sup>43</sup> CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no regime de separação absoluta de bens. In Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6. n. 26, Out/Nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM, p. 71.

### 3.1.2 – Princípio constitucional da igualdade

Outro princípio violado pela imposição supracitada é o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Brasileira, que determina o tratamento idêntico a todos os cidadãos, proibindo diferenciações e discriminações exageradas, se fazendo necessário o tratamento desigual apenas no caso dos desiguais. Nesse contexto, a lei não pode criar distinções entre indivíduos iguais.

Segundo Alexandre de Moraes, o princípio da igualdade visa o tratamento isonômico de todos os cidadãos perante a lei, sendo vedadas quaisquer diferenciações discriminatórias e arbitrárias com relação à pessoa.

Registra-se que sempre que uma norma estabelece tratamentos distintos a indivíduos que se encontram numa mesma situação jurídica, como sugere Celso Antonio Bandeira de Melo, “é necessário questionar se o fator de *discrímen* levado a cabo para justificar a discriminação encontra justificativa razoável e compatível com os preceitos constitucionais”.<sup>44</sup>

O legislador infraconstitucional, *a priori*, não está autorizado a criar uma discriminação através da lei. No entanto, em determinados casos será necessária em virtude da observância do princípio da isonomia em seu aspecto material, mas em nenhum momento poderá se afastar da razoabilidade.

Como mencionado no capítulo anterior, a regra geral é que os nubentes possuem liberdade na escolha do regime de bens do casamento, com exceção, entre outros, do idoso, que é visto pelo legislador como um “coitado” e desprotegido.

Para Érica Verícia de Oliveira Canuto, essa imposição constituiu ofensa ao princípio da igualdade, “já que há previsão de disciplina jurídica diversa para pessoas de idade inferior e garantia de liberdade<sup>45</sup>.”

Outrossim, é de ressaltar que a supracitada imposição não é aplicada no caso da união estável, tendo em vista que segundo o art. 1.725 do C.C., se os companheiros não estipularem de modo diverso será aplicado o regime de comunhão de bens às relações patrimoniais, salvo disposição em contrário por contrato escrito.

---

<sup>44</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

<sup>45</sup> CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Contradição no regime de separação absoluta de bens. In Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6. n. 26, Out/Nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM, p. 71.

No mais, percebe-se que o Código Civil privilegiou a união estável em detrimento ao casamento, vez que entre companheiros prevalece a autonomia da vontade das partes como princípio geral a nortear as questões patrimoniais, diferente do que ocorre no casamento dos sexagenários.

Importante ressaltar que o princípio da igualdade possui duas formas distintas; a primeira é denominada de igualdade substancial que defende a manutenção de um tratamento totalmente igualitário para todas as pessoas perante o ordenamento jurídico, independentemente da situação em que se encontrem, porém tal conceito nunca conseguiu ser implantado corretamente por nenhuma sociedade, muito embora o comunismo tenha tentado, e ainda tenta, a sua consolidação nos países que o adotam.

A segunda forma de igualdade existente é a formal, observada pelo regime democrático onde encontra sua principal fomentação e possuindo o objeto de equilibrar a balança das diferenças, ou seja, dispensado tratamentos de acordo com as necessidades reais do cidadão.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria de Fátima Freire de Teixeira e Sá ponderam acerca da imposição do regime da separação de bens aos maiores de 60 anos:

(...) a igualdade substancial, que determina tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Isso coloca em questão, em primeiro plano, o ditame codificado que prevê que todo idoso – isto é, o maior de 60 anos – deve casar-se no regime da separação obrigatória de bens, consoante o art. 1.641, II, CCB/02. Ora, por que, pela simples condição de idoso ele estaria interditado de amar e não teria o exercício de sua autonomia preservado? Velhice não é sinônimo de debilidade mental, razão pela qual não poderia receber tratamento diferenciado dos demais.<sup>46</sup>

Vale frisar que a Constituição da República, em seu artigo 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é de livre estipulação dos cônjuges, e deve-se considerar que a escolha do regime de bens encontra-se inserida na ideia de planejamento familiar.

---

<sup>46</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do idoso. In Revista Brasileira de Direito de Família, v.6, n.26, out./nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM, p. 21.

### 3.1.3 – Direito Fundamental da Liberdade Individual

O Constitucionalista Kildare Gonçalves registra que o direito a liberdade individual “consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, tendo aqui sentido negativo. É a ausência de oposição ou impedimentos externos, que muitas vezes tiram o poder de cada um de fazer o que quer”.<sup>47</sup>

Francisco Amaral assevera que

Sob o ponto de vista filosófico, a liberdade significa possibilidade de opção, manifestando-se como liberdade de fazer, ou livre arbítrio. É o Estado do ser que não sofre constrangimento, que age conforme sua vontade e sua natureza. Sob o ponto de vista sociológico, é a ausência de condicionamentos materiais e sociais<sup>48</sup>.

Segundo Silvio Rodrigues

Tal restrição se mostra atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre a pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.<sup>49</sup>

Conforme mencionado anteriormente, o Direito Civil, do qual faz parte o Direito de Família, encontra-se inserido no contexto do Direito Privado, e, apesar de possuir normas imprescindíveis, é regido, sobretudo, pelo princípio da autonomia da vontade.

---

<sup>47</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 13 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 607.

<sup>48</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil: Introdução. 4 ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 21.

<sup>49</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 144.

A autonomia privada, sem dúvida, é a mais importante manifestação do princípio da liberdade jurídica, um dos pressupostos do Direito Civil. Portanto, retirar dos nubentes essa autonomia, sem razões, ao mínimo aceitáveis, é descaracterizar o caráter privado que norteia o direito civil.

No entanto, o que percebe é que a norma na verdade protege indevidamente os interesses de herdeiros, privando a liberdade de escolha do nubente sexagenário. Todavia, vale lembrar, que o direito de herança só surge por ocasião da morte. Enquanto vivo for, os herdeiros não possuem direito algum sobre o patrimônio, mesmo que esse seja idoso.

Se o nubente sexagenário constituiu um vasto patrimônio durante sua vida, justo é que ele mesmo usufrua do que adquiriu, não sendo justificável limitar-lhe a vontade desse para proteger um futuro direito de herança.

### **3.2 – Os projetos de lei que versam sobre o tema**

Existem projetos em trâmite no Congresso Nacional que pretendem fazer modificação no teor do artigo 1.641 do Código Civil, seja para elevar a idade de 60 para 70 anos ou mais, seja para revogar o dispositivo do Código civilista.

O projeto de lei 6.960 de 2002, apresentado para aprovação pelo Deputado Federal Ricardo Fiúza, busca a alteração do dispositivo do artigo 1.641 do Código Civil estabelecendo a idade de 70 anos para aplicação da imposição.

O projeto de lei 108 de 2007, apresentado pela Deputada Federal Solange Amaral, tem a mesma pretensão do projeto citado anteriormente, qual seja, elevar a idade para aplicação da imposição para 70 anos.

Percebe-se que estes deputados entendem que elevar a idade de 60 para 70 anos solucionará o problema, no entanto, ainda que a idade para tal imposição seja elevada, continuará a ferir princípios constitucionais, vez que uma de suas incoerências é o fato de se presumir a incapacidade absoluta, sem caráter probatório.

Merece destaque o projeto de lei 2.285 de 2007, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, elaborado a partir de estudos do IBDFAM – Instituto



Brasileiro de Direito de Família, que propõe a criação do “Estatuto das Famílias”, que pretende a revogação completa do art. 1641 e outros dispositivos do Código Civil, entre outros diplomas.

O projeto de lei 507 de 2007, também apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, tem a pretensão de revogar o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, visando dar fim na imposição do regime da separação obrigatória de bens à pessoa idosa.

Os projetos citados ainda encontram-se em tramitação no Congresso Nacional. Mas, vale lembrar que a imposição do regime de separação de bens aos sexagenários não se justifica, ainda que a idade seja alterada para setenta, oitenta ou noventa anos, continuará violando o disposto em nossa Constituição Federal.

### **3.3 - O Estatuto do Idoso**

O Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003) passou a vigorar em 01 de janeiro de 2004 a fim de dar proteção àqueles que se encontram com idade igual ou superior a 60 anos, assegurando a estes em seu artigo 2º, "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>50</sup>".

O Estatuto do Idoso busca coibir qualquer tipo de preconceito com o objetivo de dar efetividade ao princípio da igualdade, a fim de que possam ter acesso ao trabalho, ao lazer e a saúde.

O referido diploma dispõe em seu artigo 3º que assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, dentre outros, a efetivação do direito à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar é dever não somente da família e da comunidade, mas também do Poder Público.

Percebe-se que o atual Código é anterior ao referido diploma legal, sendo que aquele já estabelecia a imposição do regime da separação obrigatória de bens ao maior de sessenta anos, no entanto, verifica-se que mesmo após a entrada em vigor

---

<sup>50</sup> BRASIL. Lei, nº 10.741, de 01 de janeiro de 2004 – Estatuto do Idoso. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2004/L10741.htm>>. Acessado em: 05 de outubro de 2010.

do Estatuto do Idoso o artigo 1.641, II, do Código Civil continua sendo válido em nosso ordenamento.

Admitir a validade dessa norma após o advento da Lei 10.741/03 significa na verdade um retrocesso do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que referido Estatuto busca dar fim a toda e qualquer tipo de discriminação que a pessoa idosa possa sofrer em razão da idade.

O artigo 10 do referido Estatuto estabelece que "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<sup>51</sup>".

Percebe-se que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como o direito fundamental da liberdade individual foram reafirmados pelo Estatuto do Idoso, o que demonstra que a norma que impõe a obrigatoriedade de regime aos sexagenários está na contramão do estabelecido pela Constituição.

Não há razão para defender a manutenção do artigo 1.641, II do Código Civil que deveria ter sido revogado com o advento do Estatuto do Idoso, uma vez que o dispositivo trata-se de norma materialmente inconstitucional.

### **3.4 – Jurisprudências sobre o tema**

Com a promulgação da Constituição de 1988 passou-se a discutir sobre a validade do art. 258, inciso do Código de 1.916 que já estabelecia a imposição do regime da separação obrigatória de bens. Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2.002, que optou pela manutenção da imposição com pequenas alterações, a discussão quanto a constitucionalidade da norma tomou força tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Inicialmente poucos eram os casos que chegavam ao judiciário, menos ainda, aqueles cujos julgados eram contrários a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de sessenta anos. Ocorre que a jurisprudência

---

<sup>51</sup> BRASIL. Lei, nº 10.741, de 01 de janeiro de 2004 - Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2004/L10741.htm>>. Acessado em: 05 de outubro de 2010.

ainda é tímida quanto ao julgamento contrário à imposição quanto a referida imposição, no entanto, o judiciário começa a tratar-se a questão de uma nova forma, neste sentido, transcrevemos parte da decisão prolatada pela Desembargadora Maria Berenice Dias em um feito julgado perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial constante no assento de casamento. Regime de bens. Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258 do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelação provida. (TJRS. Apelação Cível Nº 70002243046, Sétima Câmara Cível. Julgado em 11/04/2001)<sup>52</sup>

Destacamos outro importante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do Desembargador Antonio Cezar Peluso, declarou a desconformidade da imposição com a Constituição Federal de 1988. Em trecho do acórdão proclamou-se:

(...) Sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como a garantia do justo processo da lei..., já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil (TJSP. Apelação nº 007.512-4/2. Julgado em 18.08.1998)<sup>53</sup>

Michel Carlos Rocha Santos cita a proposta e justificativa de autoria do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos, apresentada na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

---

<sup>52</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RIO DE JANEIRO. Jurisprudência. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

<sup>53</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Jurisprudência. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br/jurisprudencia.asp>>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

A obrigatoriedade do regime da separação de bens para as pessoas que celebrarem matrimônio a partir de determinada faixa etária (seja ela qual for), atenta contra o princípio maior da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Nos dias que correm não mais se justifica essa odiosa regra restritiva, fruto de um superado Código marcadamente patrimonialista, como o de 1916, e incompatível com o espírito da legislação codificada hoje vigente, que sobreleva a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, havendo incapacidade do idoso para casar, a situação resolve-se pela interdição. Porém, sendo plenamente capaz, deve sê-lo para a prática de todos os atos da vida civil, inclusive para suportar as consequências patrimoniais do casamento, nenhuma razão existindo para essa *capitis diminutio*, resultante de uma inconsistente presunção de incapacidade, que, para esses efeitos, torna-se até absoluta.<sup>54</sup>

Segundo o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos se o idoso for incapaz, o será para todos os atos da vida civil e tal situação se resolve através da via judicial da interdição.

---

<sup>54</sup> SANTOS, Michel Carlos Rocha. O idoso e o regime de bens no casamento - Críticas à opção legislativa do Código Civil de 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14009>>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se defender no presente trabalho monográfico que o artigo 1.641, II, do Código Civil, que estabelece do regime de separação de bens obrigatório aos maiores de 60 (sessenta) anos, trata-se de uma norma materialmente inconstitucional e injustificada.

Conforme analisado acima, apesar do Código Civil de 2002 ter sido elaborado longe da ideologia estritamente patrimonialista consagrada no Código Civil de 1916, algumas normas escaparam a este intento, como a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de sessenta anos.

Como fora sustentado, o legislador entendeu necessária a manutenção desta norma em virtude de seu caráter protetor. No entanto, que longe de se caracterizar norma protetiva do idoso, a essa imposição representa uma interferência do estado na esfera privada do idoso.

Asseverou-se que a norma presume absolutamente a incapacidade do sexagenário, sem qualquer caráter probatório, tomando como base tão somente a senilidade do idoso, indo de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, a norma se mostra contrária ao princípio da igualdade vez que o cidadão mais jovem ou até mesmo o idoso que optar pela via da união estável não estarão obrigados a esta imposição.

Admitir a validade dessa norma após o advento da Lei 10.741/03 significa na verdade um retrocesso do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que referido Estatuto busca dar fim a toda e qualquer tipo de discriminação que a pessoa idosa possa sofrer em razão da idade.

No mais, no lugar de imposições desnecessárias cabe ao Estado incentivar e apoiar a pessoa idosa a viver de forma mais digna e saudável, conforme estabelece o supracitado Estatuto.

Nos dias atuais, a imposição do regime de separação de bens aos sexagenários não se justifica, eis que até que se prove ao contrário, são plenamente capazes de exercer todos os atos da vida civil.

Desse modo, ainda que a idade para tal imposição seja elevada, continuará a ferir princípios constitucionais. Portanto, necessária é a revogação dessa imposição de nosso ordenamento ante sua inconstitucionalidade material, conforme defende Érica Verícia de Oliveira Canuto, uma vez que viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, e direito fundamental da liberdade individual.

Até que seja intentada uma ação direta de inconstitucionalidade, e que esta seja julgada procedente, cabe ao Judiciário a ousadia de decidir favoravelmente pela livre escolha do regime de bens aos sexagenários.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 4 ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm) Acessado em 15 de fevereiro de 2010.

BRASIL. **Lei, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acessado em: 15 de fevereiro de 2010.

BRASIL. **Lei, nº 10.741, de 01 de janeiro de 2004 - Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2004/L10741.htm>. Acessado em: 05 de outubro de 2010.

BRASIL. **Lei, nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/Lei3071.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2010.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6 ed. rev. amp. São Paulo: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. **Contradição no regime de separação absoluta de bens**. In Revista Brasileira de Direito de Família. v. 6. n. 26, Out/Nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM.

CARVALHO FILHO. Milton Paulo de. **Código Civil Comentado**. Barueri: Manole, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13 ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. **A (in)constitucionalidade material da imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12908&p=1>>. Acessado em 23 de março de 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19 ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FINGER, Julio César. **Constituição e Direito Privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. In: A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.



LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 20.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**.. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8 vol. 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito de família**. 37. ed. rev.. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva. 2004, v. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Jurisprudência Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 17 ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. São Paulo: Forense. 5 v. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Lei 10.406, de 10.01.2002. 5 ed. rev atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**. 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Michel Carlos Rocha. **O idoso e o regime de bens no casamento - Críticas à opção legislativa do Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14009>>. Acessado em 18 de fevereiro de 2010.

SILVA, Álvaro Henrique Ferreira da Silva. **Da Imposição do Regime de Separação de Bens aos Maiores de 60 Anos de Idade.** Disponível: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2672&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

SILVA, Sandra Reis da. **A restrição quanto ao regime de bens para o casamento dos sexagenários.** Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12097>>. Acessado em 18 de fevereiro de 2010.

SOUZA, Paloma Braga Araújo de Souza. **Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil.** Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9586>>. Acessado em 20 de março de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência.** Disponível em <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Fundamentos principiológicos do estatuto da criança e do adolescente e do estatuto do idoso.** *In* Revista Brasileira de Direito de Família, v.6, n.26, out./nov. 2004. Porto Alegre: IBDFAM.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Consulta Jurisprudência.** Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt\\_/inteiro\\_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=4&txt\\_processo=463859&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0024&ano=4&txt_processo=463859&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Jurisprudência**. Disponível em: <[http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/resultado.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php)>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Jurisprudência**. Disponível em <<http://www.tj.sp.jus.br/jurisprudencia.asp>>. Acessado em 05 de outubro de 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil - Direito de Família - V. 6, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 196.