

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO

**NAYANE DIAS FERREIRA E SILVA**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO DO IDOSO  
ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL**

**RUBIATABA-GO**

**2007**

FACULDADE DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA – FACER

CURSO DE DIREITO

**NAYANE DIAS FERREIRA E SILVA**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO DO IDOSO  
ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do prof<sup>a</sup>. Especialista Fabiana Savini Bernardes Pires de Almeida Resende

**RUBIATABA-GO**

**2007**

**NAYANE DIAS FERREIRA E SILVA**

**INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO DO IDOSO ARTIGO  
1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL**

**COMISSÃO JULGADORA  
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO GRADUADO PELA FACULDADE  
DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Orientador \_\_\_\_\_

Especialista em Direito Civil e Processo Civil/ Fabiana Savini Bernardes Pires de  
Almeida Resende

2º Examinador \_\_\_\_\_

Mestre em Sociologia/ Geruza Silva de Oliveira

3º Examinador \_\_\_\_\_

Especialista em Direito Civil e Processo Civil /Cláudia Pimenta Leal

**Rubiataba, 17 de dezembro de 2007.**

## **DEDICATÓRIA**

Primeiramente a Deus, por ter me concedido o dom da vida, ao meu pai José Ferreira da Silva por ser tão maravilhoso, pelo amor, dedicação, pelo exemplo de vida, pela honestidade e esforço em me ajudar a subir mais esse degrau; a minha mãe Ana Flauzino Dias e Silva, pelo seu amor incondicional e incontestável, pela dedicação, carinho, cuidado, preocupação e apoio prestado constantemente ao longo do curso, e pelo exemplo de mulher forte, corajosa e batalhadora. Ao meu irmão Werley Dias Ferreira e Silva, pelo carinho, amizade e cumplicidade.

## **AGRADECIMENTO**

A realização de um trabalho é um tanto mais facilitada quando se pode contar com tantos que por desprendimento oferecem suas participações, que por acreditar incentivam, por compreensão ajudam. A todos gostaria de registrar meu especial agradecimento.

“Todos somos iguais perante a lei, mas não perante os encarregados de fazê-las cumprir”.

*S. Jerzy Lec*

## RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise a inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens no casamento do idoso se deu por três razões. Em primeiro lugar, pela necessidade de se encontrar as suas verdadeiras causas, para a partir daí possibilitar seu efetivo estudo. Em segundo lugar, para pesquisar se o aparato-jurídico destinado à tal matéria é instrumento capaz e suficiente para alcançar-se sua erradicação. Por fim, as finalidades para que foram criados. Para tanto, foram utilizadas consultas em doutrinas, artigos, revistas, acervo legislativo e sites da internet que tratam do tema. Extraíu-se de todo conteúdo dados importantes que mostram todo o processo histórico da discriminação do idoso que se mostra de forma protetora sobre o seu patrimônio adquirido com o decorrer de sua vida, e como se encontra na atualidade tal dispositivo. De todo o estudo realizado, sobeja o entendimento de que a prática deste dispositivo protetor dado pelo Código Civil fere um dos principais princípios constitucionais, o da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade do Regime da Separação, Aparato Jurídico, Código Civil e Precipícios Constitucionais.

## ABSTRACT

This work it is an analysis of the unconstitutional separation of property in the compulsory marriage of the elderly are given for three reasons. First, the need to find their real causes, from there to enable its effective study. Secondly, to find whether the engine-legal matters for such instrument is capable and sufficient to achieve is its eradication. Finally, the purposes for which they were created. To this end, consultations were used in doctrines, articles, magazines, legislation and the Internet sites that deal with the issue. Extraiu is any content important data that show the whole historical process of discrimination of the elderly which is so protective about their heritage purchased with the course of his life, and as such is in actuality device. In any study, sobeja the understanding that the practice of this device protector given by the Civil Code wounds one of the main constitutional principles, the dignity of the human person.

**Words-key:** Unconstitutionality of the regime of Separation, Legal apparatus, Civil Code and Precipicios Constitutional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	12
1.1 O Tema na Constituição Federal do Brasil de 1988.....	12
1.2 A Dignidade como Núcleo dos Direitos da Personalidade.....	15
1.3. Proteção à Dignidade da Pessoa Humana.....	16
1.4 Princípios.....	17
1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	18
1.4.2 Princípio da Igualdade.....	20
1.4.3 Princípio da Legalidade.....	21
1.5 Constitucionalização do Direito Civil.....	22
<b>2. REGIME DE BENS À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL</b> .....	24
2.1 Regime de Bens.....	24
2.2 Tipos de Regime.....	28
2.2.1 Comunhão Parcial de Bens.....	28
2.2.2 Comunhão Universal de Bens.....	30
2.2.3 Participação Final nos Aquestos.....	32
2.2.4 Separação de Bens.....	33
<b>2.2.4.1 Regime de Separação Obrigatória de Bens</b> .....	35
<b>3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	38
3.1 Idéia Central.....	39
3.2 Conceito.....	39
3.3 Requisitos de Constitucionalidade das Espécies Normativas.....	40
3.3.1 Requisitos Formais.....	40

3.3.2 Requisitos Materiais.....	41
3.4 Controle Repressivo Realizado Pelo Poder Judiciário.....	42
3.4.1 Controle Difuso.....	42
3.4.1.1 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade – Controle Difuso.....	44
3.4.1.1.1 Entre as Partes do Processo (ex tunc).....	44
3.4.1.1.2 Para os Demais (ex nunc).....	45
3.4.2 Controle Concentrado.....	45
3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica .....	47
3.6 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.....	48
3.7 Consciência Constitucional.....	49
<b>4. DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO.....</b>	<b>52</b>
4.1 O Idoso e o Regime de Bens.....	55
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

O propósito desta pesquisa visa auferir conhecimentos concretos a cerca da dignidade da pessoa humana, através da análise do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil e a desconformidade deste dispositivo face a Constituição Federal Brasileira.

O presente estudo busca de forma sucinta e objetiva analisar o princípio constitucional de maior amplitude sobre este fato, como também o que visa o regime da separação de bens e formas cabíveis de declarar tal dispositivo constitucional.

No primeiro capítulo, foi tratado sobre a dignidade da pessoa humana na constituição federal, onde a palavra dignidade significa respeito inerente a todo o ser humano, por parte do Estado e das demais pessoas, independentemente de qualquer noção de patrimonialidade.

Já no segundo capítulo, tratou sobre o regime de bens que é imposto obrigatoriamente ao casamento do idoso, que é o da separação obrigatória de bens. Tal regime visa a incomunicabilidade dos bens entre os cônjuges, assim nenhum tem direito a nada do outro.

O terceiro capítulo apresenta formas de como declarar uma lei ou ato inconstitucional, que é através do controle de constitucionalidade, tal controle visa verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a constituição.

Por fim, o quarto e último capítulo faz um fechamento de todo trabalho tratando sobre a discriminação do idoso.

Com relação à metodologia, empregou-se a pesquisa bibliográfica de livros, revistas, artigos, internet, códigos e jurisprudências, buscando atingir o conhecimento e esclarecimento do tema em exame e alcançar os objetivos propostos.

O que se defende com o presente trabalho é que seja concedido o livre arbítrio entre os maiores de sessenta anos para constituição de casamento no regime de bens que lhes bem

entender, pois está claro que o Código Civil em seu artigo 1.641, inciso II, afronta a Lei maior, a Constituição Federal do Brasil, ferindo a dignidade da pessoa humana quando obriga o idoso a contrair núpcias sob a égide do regime de separação obrigatória de bens.

## **1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

### **1.1 O Tema na Constituição Federal do Brasil de 1988**

Partindo-se da premissa de que o ser humano é, ao mesmo tempo e integralmente, um ser social e individual, matéria e espírito, animal e racional, enfim, complexo, reconhece-se que a filosofia democrática coaduna-se com essa complexidade do ser humano. Por fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, a filosofia democrática é a única capaz de inspirar um regime político verdadeiramente equilibrado, que concilie a dimensão individual com a dimensão social do ser humano, seus anseios de iniciativa criadora e as exigências sociais de Justiça, seus direitos de liberdade com os princípios da ordem da autoridade.

Atualmente, o próprio conceito de democracia é indissociável do conceito de direitos da pessoa humana, pois não há constituição democrática que não pressuponha a existência de indivíduos singulares, detentores de direitos enquanto tais. Esses direitos são invioláveis, demonstrando, ainda que axiologicamente, a superioridade do ser humano em relação à sociedade da qual é integrante. Surge, nesse cenário, o dogma da dignidade da pessoa humana como valor eminente, isto é, em virtude de sua imensa dignidade, a pessoa humana é titular de um conjunto de direitos fundamentais anteriores e superiores ao próprio Estado.

A dignidade é atributo, qualidade da pessoa humana, tão importante que a Constituição Brasileira elege, no inciso III do artigo 1º, como um dos fundamentos da República. Com isso, o direito, isto é, o conjunto de normas que possibilitam certa organização da vida em sociedade, reconhece a dignidade do homem como valor imprescindível, que deve ser preservado e estimulado. A dignidade, como atributo individual aplicado a todos os homens, categoricamente, sustenta a liberdade em todos os seus aspectos e enfoques, conduzindo a comunidade à concretização dos seus direitos.

Salienta-se que a dignidade, como qualidade inerente à pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano e dele não pode ser retirado. Trata-se de valor próprio, da natureza

do ser humano, que independe das circunstâncias concretas e que é intrínseca a toda e qualquer pessoa humana, independente de sua condição.

A dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade estranha-se e se confundi com a própria natureza do ser humano<sup>1</sup>.

No que respeita à clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, é necessário ponderar que apenas a dignidade de determinada pessoa, tomada em sua concretude, é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato. Logo, não é lícito confundir as noções de dignidade da pessoa humana e dignidade humana, uma vez que esta diz com a humanidade, de modo genérico. Todavia, pode-se falar numa dimensão comunitária ou social da dignidade da pessoa humana, uma vez que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade.

Ante o exposto, verifica-se que não é tarefa fácil delimitar o conteúdo da dignidade da pessoa humana, sendo que a dignidade da pessoa poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.

Desse modo, é possível verificar a existência de uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana atendo-se ao caso concreto.

Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

---

<sup>1</sup> José Afonso da Silva. Poder Constituinte e Poder Popular. 2000, p. 146.

SILVA (2000) enfatiza que:

“A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa”.<sup>2</sup>

Demonstra o constitucionalista que a pessoa humana é um valor absoluto, porque a natureza racional existe como um fim em si mesma. Contudo, acrescenta:

“Qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim, é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa”.<sup>3</sup>

O significado de dignidade se relaciona ao respeito inerente a todo o ser humano – por parte do Estado e das demais pessoas, independentemente de qualquer noção de patrimonialidade. É simultaneamente valor e princípio, pois constitui elemento decisivo para a atuação de intérpretes e aplicadores da Constituição no Estado Democrático de Direito. O homem se encontra no vértice do ordenamento jurídico, pois o direito só se justifica em função do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é a razão de ser do direito e fundamento da ordem política e paz social. Todo direito é constituído para servir ao homem e nada mais é do que o regulamento organizador de uma comunidade. A dignidade, todavia, antecede ao próprio direito, pois é um atributo de qualquer pessoa – como valor ético enquanto o direito resulta da circunstâncias e posicionamentos diferentes. A dignidade situa o ser humano no epicentro de todo o ordenamento jurídico, como protagonista, tanto no âmbito do direito público como no do privado, repelindo qualquer atentado proveniente de outras pessoas e dos poderes públicos.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> *Ibid*

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 145

<sup>4</sup> Nelson Rosenvald. Dignidade Humana e Boa Fé no Código Civil. 2005. p. 8

## 1.2 A Dignidade como Núcleo dos Direitos da Personalidade

A origem etimológica da palavra pessoa radica no latim *persona*, a máscara utilizada pelos atores para desempenhar o seu papel. Apesar da origem teatral, a expressão tomou vulto para significar toda situação em que o homem se relaciona juridicamente, exercitando os seus diversos papéis externos na sociedade. Na Idade Média, portanto, a personalidade jurídica era determinada exatamente pelo *status* de cada membro da coletividade, o que determinou a substituição da noção de identidade individual por uma identidade estatutária.<sup>5</sup>

Num salto para a modernidade, constata-se que a perspectiva clássica concebeu a personalidade como aptidão para a aquisição de direitos subjetivos patrimoniais, um sinônimo para a capacidade de direito. O discurso jurídico foi incapaz de alvitrar o valor do ser humano concreto que se encontra subjacente ao indivíduo abstrato e categorizado em seu perfil econômico de proprietário ou contratante. O desenvolvimento da personalidade era, até então, fruto da expansão do patrimônio, e não do respeito e estímulo à essência e à dimensão inerentes a cada um de nós.

A personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente à medida que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade recaem sobre os atributos essenciais do ser humano ou sobre alguns fundamentais modos de ser. PEREIRA (2001) afirma “que os direitos da personalidade, considerados como atinentes à própria natureza do homem, ou às suas necessidades primárias, adquirem expressão universal”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>6</sup> Caio Mario da Silva Pereira. **Direito Civil**. 2001, p. 25.

### 1.3 Proteção à Dignidade da Pessoa Humana

O nosso Código Civil contém relevantes disposições voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil, conforme nossa Constituição Federal, art. 1º, inciso III:

“Essa proteção revela-se, desde logo, na Parte Geral do Código Civil vigente, ao versar sobre os direitos da personalidade, que são aqueles direitos subjetivos irrenunciáveis e intransmissíveis em regra, salvo disposição em contrário, como dispõe o art. 11 desse Código, inatos ou originários, essenciais, oponíveis *erga omnes* e imprescritíveis, que conceituamos como as faculdades que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, com vistas à proteção da essência da personalidade.”<sup>7</sup>

Washington de Barros classifica esses direitos como: físicos, psíquicos e morais. Nos físicos incluem-se os elementos extrínsecos da personalidade; nos psíquicos são inseridos os atributos da inteligência ou do sentimento – elementos intrínsecos da personalidade; nos morais localizam-se as qualidades da pessoa em suas projeções ou valorações sociais, que são os direitos ao nome, à honra e às criações intelectuais.

A finalidade precípua a proteção da dignidade da pessoa humana é de propiciar tutela integral à pessoa, de modo que não pode permanecer em departamentos estanques do direito público e do direito privado. Assim, o Código Civil privilegia a dignidade da pessoa humana, diante da proteção oferecida à sua personalidade.

Por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como parte básica da sociedade.

Somente por meio do respeito a esses direitos é que pode ser alcançada a harmonia nas relações familiares e preservada a dignidade da pessoa no seio familiar.

---

<sup>7</sup> Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**. 2004, p. 17-18

## 1.4 Princípios

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, esta está regida no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o qual diz em todo seu conteúdo *in verbis*:

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

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político”.<sup>8</sup>

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.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

---

<sup>8</sup> Constituição do Brasil. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. 1988, p. 2

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).<sup>9</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A, III, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Deve-se indagar sobre a dignidade da pessoa humana como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, pois visa ela a construção de uma sociedade justa, sem qualquer tipo de discriminação.

### **1.4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

É dever do Estado, que tem por objetivo a realização do bem comum, o respeito e a proteção do bem comum. O direito surge, assim, como um instrumento de auxílio para a consecução deste fim. A exemplo do Estado, o direito também é uma decorrência da natureza humana e existe para o ser humano; a pessoa constitui o princípio e o fim do direito.

A pessoa humana adquire personalidade jurídica, sendo indispensável firmar-lhe direitos fundamentais para o pleno desenvolvimento de sua personalidade, seja na esfera do direito público ou do direito privado. É nesse sentido que a maioria dos ordenamentos e, sobretudo, aqueles dos Estados que almejam concretizar a democracia, preocupam-se com a dignidade da pessoa humana e sua proteção.

---

<sup>9</sup> Alexandre de Moraes. **Direito Humanos Fundamentais**. 2005, p. 48-49.

A dignidade humana funciona como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais, os que lhe possibilita coerência e unidade. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim entendida como valor axiológico, serve como uma espécie de lei geral para os direitos fundamentais, que são especificações da dignidade da pessoa humana, portanto o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo.

Não se pode olvidar que os direitos fundamentais são concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, além de conter uma declaração de conteúdo ético e moral, constitui norma jurídico-positiva, com *status* constitucional, dotada de eficácia. Portanto a dignidade da pessoa humana, na condição de princípio fundamental, constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Partindo-se da premissa de que todas as normas constitucionais, inclusive as que expressam princípios, são dotadas de alguma eficácia jurídica, pode-se constatar que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se, assim, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de se abster de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões alheias.

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana identifica-se não apenas com o dever de abstenção e respeito, mas também em relação a condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo. Com efeito, sustenta-se que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que corresponda às exigências do princípio.

Tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o reduto intangível de cada indivíduo, sendo, portanto, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas;

entretanto, isso não significa a impossibilidade de se estabelecer restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas, sim, que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

### **1.4.2 Princípio da Igualdade**

O princípio da igualdade foi adotado pela Constituição Federal de 1988, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.<sup>10</sup>

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

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre

---

<sup>10</sup> *Ibid*, p.62

os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.<sup>11</sup>

Isonomia ou igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio de Estado Social; é o mais vasto dos princípios constitucionais, sendo impositivo em todos os recantos, constituindo-se num princípio jurídico informador de toda ordem constitucional. Está inserido na Constituição não como função meramente estética, ou servindo como adorno dela, mas constitui-se princípio que tem plena eficácia e deve ser respeitado, pois caso contrário, estaremos diante de uma inconstitucionalidade e ao poder judiciário cabe o dever de sufragar inconstitucionalidade para que não venhamos a chega ao nível de banalização dos princípios constitucionais. Sendo que a prática preconceituosa de raça, classe, de gênero ofendem não só a Constituição (princípio), mas também ofendem a sua substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia.

### 1.4.3 Princípio da Legalidade

Moraes (2001) salienta sobre tal princípio da seguinte forma:

“A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 63

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 67

O princípio da legalidade significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, sendo de conteúdo amplo, ficando certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados, há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo.

## 1.5 Constitucionalização do Direito Civil

A positivação do direito, cujos contornos foram bem definidos na modernidade, em um primeiro momento, situou, de um lado, o direito civil, enquanto esfera de preceitos reguladores das relações entre particulares; e de outro, o direito constitucional, espaço por excelência de limitação do poder político.

Evidente que o dever histórico, acabou por estabelecer novos contornos ao direito constitucional, mormente quando do aparecimento das primeiras constituições que expressamente dispuseram acerca da ordem econômica e social, notadamente a Constituição de *Weimar*, em cujos dispositivos já se apresentavam os elementos configuradores do *Welfare State*.

É manifesto que se as fronteiras do direito público e do direito privado nunca foram bem precisas, com o advento das denominadas “constituições econômicas” e a emergência do estado social, estes limites por certo se tornaram ainda mais indefinidos, a ponto de muitos se questionarem acerca da subsistência ou não de tal dicotomia. Como quer que seja, não pairam dúvidas que a velha divisão perdura, não apenas por razões políticas - uma vez que imperiosa a manutenção de uma esfera privada livre de possíveis ingerências do *Leviatã*, mas também porque, como observa LÔBO (2007) “(...) se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer do seu império, então o direito é privado”.<sup>13</sup>

Todavia, na medida em que as constituições se lançaram ao disciplinamento da ordem social e econômica, tal mudança de diretiva não se poderia efetuar impunemente: houve, de fato, uma migração dos princípios basilares do direito privado para a carta constitucional. Com isto não se pretende afirmar que houve uma publicização do direito civil.

---

<sup>13</sup> Paulo Luiz Neto Lôbo. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível no site: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp=507>.

Em verdade seus institutos continuam a pertencer à esfera do direito privado, ainda que sua matriz hermenêutica encontre na constituição seus vetores principiológicos.

Por tal razão a absoluta impropriedade da recodificação do direito civil, pois, ao lado da predominância dos cognominados micro-sistemas legislativos (Lei de Inquilinato, Código de Defesa do Consumidor, etc.) que expressam o “direito socialmente operante” em contraposição ao direito formalmente imposto, de tão imbricados se encontram o Direito Civil e o Direito Constitucional, que já se propugna a existência de um Direito Civil Constitucional, cujo âmbito teórico deu azo ao surgimento de relevantes obras doutrinárias, a exemplo de recente publicação coordenada pelo Prof. Gustavo Tepedino, o que faz exigir do civilista um razoável conhecimento das regras da hermenêutica constitucional.

## **2. REGIME DE BENS À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

### **2.1 Regime de Bens**

No Direito de Família, há muito tempo se revelou impositivo um ordenamento legal que refletisse as mudanças culturais ocorridas no século passado e que inspiram as alterações consagradas na Constituição da República. E este ordenamento legal mais atual resplandece no horizonte jurídico através do novo Código Civil.

O regime de bens no casamento faz parte do Título II, do livro IV, do Código Civil, destinando o direito patrimonial no direito de família, e abrangendo os regimes de bens, o pacto antenupcial, o usufruto e a administração dos bens de filhos menores, os alimentos e o bem da família.

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens.

Ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida.

Desse modo, o regime de bens entre cônjuges compreende uma das conseqüências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e a administração dos bens e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros.

Tecnicamente, a denominação regime de bens não é a melhor, porque mais exato seria refletir-se a regimes patrimoniais do casamento. No entanto, a expressão é consagrada,

sintética e com significado perfeitamente conhecido. Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges.

O regime de bens significa o disciplinamento das relações econômicas entre marido e mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante sua vigência.

Desse modo, a exigência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele.

DINIZ (2006) assim conceitua o regime de bens:

“De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial consorte.”<sup>14</sup>

O presente estatuto pormenoriza o estudo dos regimes de bens no novo Direito de Família, através dos princípios que embasam as alterações. O princípio da Variedade dos Regimes de Bens, o Princípio da Liberdade dos Pactos Antenupciais e o Princípio da Mutabilidade Justificada são devidamente debatidos, para que não apenas aceitos, mas sim entendidos.

O novo Código Civil adota o princípio relativo à variedade dos regimes, assim o ordenamento não somente contempla modelos específicos ou típicos, como permite aos nubentes estipular a respeito o que lhes aprouver, salvo os casos especiais. Assim, prevê o artigo 1.639 *in verbis* “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

---

<sup>14</sup> Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de família**. 2006. p. 155

Entretanto, a probabilidade de diversificação não pode contrariar disposição absoluta de Lei, sob pena de nulidade artigo 1655, assim como princípios de ordem pública, fins e natureza da instituição matrimonial. O princípio da Liberdade dos Pactos Antenupciais permite aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do ato nupcial, podendo os nubentes escolher entre os regimes legais ou podem combiná-los formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícito, ainda, estipular cláusulas, desde que os princípios de ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio.

O pacto antenupcial deverá ser feito por escritura pública artigo 1.653, Código Civil, se não feito desta forma acarretará nulidade. Deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis 6015/73 e artigo 1.657, Código Civil para ter validade contra terceiros e efeito erga omnes. Caso não registrado no Cartório de Registro de imóveis, não torna-se nulo, mas terá efeito somente perante os cônjuges e herdeiros. No caso de empresários, deverá ser averbado no Cartório de Registros Públicos de Empresas Mercantes, artigo 979, Código Civil.

Para que o pacto antenupcial tenha validade exige-se que ocorra o casamento.

O pacto antenupcial somente diz respeito aos efeitos patrimoniais do casamento.

O pacto antenupcial não é contrato regulado no direito das obrigações, por ser de ordem institucional, pois após o matrimônio, o casamento é regido por normas de ordem pública.

A escolha do regime de bens deve proceder-se por meio de pacto antenupcial, a menos que seja o de comunhão parcial, que prevalece na omissão da escolha de outro regime, isto está descrito no artigo 1.640 do Código Civil, *in verbis*, “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Sobre as limitações da liberdade dos pactos antenupciais, têm-se a doutrina de DINIZ (2006):

“O pacto antenupcial deve conter tão-somente, estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos, etc. (Código Civil, artigo 1.655). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública. Exemplificativamente, nulas serão as cláusulas, e não pacto, que (a) dispensem os consortes dos deveres de fidelidade, coabitação e mútua assistência; (b) privem a mãe do poder familiar ou de assumir a direção da família, ficando submissa ao marido; (c) alterem a ordem de vocação hereditária; (d) ajustem a comunhão de bens, quando o casamento só podia ser realizar-se pelo regime obrigatório da separação; (e) estabeleçam que o marido, mesmo que o regime matrimonial de bom não seja o da separação, pode vender imóveis sem outorga uxória.”<sup>15</sup>

O atual Código Civil traz o princípio da mutabilidade do regime adotado, nos termos do § 2º do artigo 1639, *in verbis*, “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvadas os direitos de terceiros.” A data da vigência do regime é a do casamento, sendo expresso no §1º do artigo 1639 do Código Civil, *in verbis*, “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”.

Dependendo do regime de bens adotado pelos cônjuges, o titular de imóveis, pode sem o consentimento do outro, transferir ou alienar, e onerar seus bens, como estabelece o artigo 1687 do Código Civil, *in verbis*, “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.”

A mutabilidade do regime adotado, desde que com justificação. Com o advento do novo Codex, uma vez adotado o regime de bens, e celebrado o casamento, é possível que os nubentes alterem o regime de bens, desde que existe motivo justo, a pedido de ambos os consortes perante autoridade judicial artigo 1639, § 2º, Código Civil. Diferente de como previa o Código Civil de 1916, no qual, uma vez adotado o regime de bens, este não poderia mais ser modificado artigo 230 do Código Civil/1916. Somente será extinto pela dissolução da sociedade conjugal.

---

<sup>15</sup> *Ibid.* p. 158-159

Sobre o princípio da imutabilidade têm-se os ensinamentos de VENOSA (2001).

“O princípio da imutabilidade foi consagrado pelo Código napoleônico, do qual passou para a maioria das legislações ocidentais. Não mais vige, porém, na França, tendo desaparecido com a reforma do Código Civil de 1965. Admite-se naquele país, mudança do regime durante o casamento, por acordo dos cônjuges ou sentença judicial requerida a pedido de um deles, após a duração inicial do regime por dois anos. Nessa mesma linha, nosso Projeto apresenta dispositivo que permite alteração parcial do regime de bens, mediante autorização judicial requerida por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvada o direito de terceiros artigo 1.651, §2º.”<sup>16</sup>

## 2.2 Tipos de Regime

O novo Código delimita os regimes de bens no casamento: comunhão parcial, relativa aos bens adquiridos em comum, excluídos os bens comprados com o dinheiro de apenas um cônjuge, mesmo que depois do casamento; comunhão universal, que envolve todos os bens presentes e futuros, com poucas exceções; separação de bens, que permanecem sob a administração exclusiva de cada cônjuge; o regime de participação final nos aquestos, no qual cada cônjuge possui patrimônio próprio anterior ao casamento e tem direito, à época da dissolução d sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos após a união.

Portanto, há quatro regimes de bens no Brasil:

- 1) comunhão parcial de bens,
- 2) comunhão universal de bens,
- 3) participação final nos aquestos, e
- 4) separação de bens.

### 2.2.1 Comunhão Parcial de Bens

O regime da comunhão parcial é o regime que vigora no casamento caso os habilitantes não se manifestem em contrario ao oficial do Registro Civil quando dão entrada ao processo de habilitação.

---

<sup>16</sup> Silvio de Salvo Venosa. Direito Civil: Direito Família. 2001, p . 151

Esse regime consiste na disposição da lei de que a propriedade comum dos bens do casal é aquela adquirida após a data do casamento e com os rendimentos do trabalho de um e outro cônjuge.

Nesse regime, o da comunhão parcial, os bens que cada um dos cônjuges leva para o casamento, ou seja, um imóvel adquirido por qualquer forma no estado civil anterior, não é considerado patrimônio comum do casal. Também não entra no patrimônio comum do casal os bens havidos, mesmo depois da data do casamento, por doação como adiantamento de herança sem a contemplação do cônjuge por afinidade, e por herança em inventário. Os bens havidos nessas condições, mesmo depois da data do casamento, são por lei considerada patrimônio exclusivo do cônjuge que o recebeu.

Segundo alguns doutrinadores, o regime de separação parcial de bens é o que melhor atende aos princípios da justiça, por assegurar a autonomia recíproca dos cônjuges, conservando, cada um deles, a propriedade, a administração e o gozo dos respectivos bens. O artigo 1658 do Código Civil traz que, *in verbis*, “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. Através desse regime, os cônjuges conservem a propriedade exclusiva dos bens que possuíam quando do casamento e aqueles que serão adquiridos com valores particulares.

Neste regime, formam-se duas classes de bens: os particulares do marido e da mulher, e os bens comuns, no primeiro caso, excluem-se aqueles levados por qualquer dos cônjuges ara o casamento e os adquiridos a título gratuito. A enumeração completa está nos artigos 1659 e 1661 do Código Civil, *in verbis*:

“Artigo 1659. Excluem-se da comunhão:

- I. os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II. os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III. as obrigações anteriores ao casamento;
- IV. as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V. os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI. os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII. as pensões, méis-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Artigo 1661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.”

Tais bens, portanto, constituem a classe dos bens chamados particulares, os quais são incomunicáveis ao outro cônjuge, na hipótese de dissolução em vida, ou seja, por Separação Judicial ou Divórcio. Porém é conveniente lembrar que, mesmo excluídos da comunhão, a legislação autoriza a compra e venda destes bens entre os cônjuges, inexistindo restrição, também, para a doação.

Nesse regime há também os bens que se comunicam depois de celebrado o casamento. O artigo 1660 do Código Civil discrimine esses bens, *in verbis*:

Artigo 1.660. Entram na comunhão:

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

Todos esses dispositivos são suficientemente explícitos e dispensam, maiores explicações. Esclareça-se apenas que a categoria dos bens adquiridos por fato eventual se incluem todos os ganhos provenientes de fatos eventuais ou fortuitos, como jogo, aposta, loteria, rifa, invenção, aluvião e avulsão.

### **2.2.2 Comunhão Universal de Bens**

O regime da comunhão universal de bens, que deve ser adotado mediante a lavratura de escritura pública como condição para sua validade e deve sua eficácia se efetivamente se lhe seguir o casamento, tem essa denominação porque universaliza o patrimônio do casal, ou seja, torna comum tudo o que o casal possui, tanto patrimônio trazido para o casamento, havido por qualquer forma de aquisição no estado civil anterior, quanto patrimônio havido de

aquisição no estado civil anterior, quanto patrimônio havido após a data do casamento, havido por compra, por doação como adiantamento de herança em inventário ou por qualquer outra forma de aquisição.

O projeto do Código Civil, perfilhando o que dispôs a Lei do Divórcio, considerou como regime legal a da Comunhão Parcial, franqueando aos nubentes adotarem a comunhão universal, mediante declaração expressa no processo de habilitação.

“Por meio de pacto antenupcial os nubentes podem estipular que o regime matrimonial de bens será o da comunhão universal, pelo qual não só todos os seus bens presentes ou futuros, adquiridos antes ou depois do matrimônio, mas também as dívidas passivas tornam-se comuns, constituindo uma só massa. Instaura-se o estado de indivisão, passando a ter cada cônjuge o direito à metade ideal do patrimônio comum, logo, nem mesmo poderão formar, se quiserem contratar, sociedade entre si (Código Civil, artigo 977). Antes da dissolução e partilha não há meação, mas tão somente metade ideal de bens e dívidas comuns (Código Civil, artigo 1667). Há comunicação do ativo e do passivo, pois há na comunhão universal de bens uma espécie de sociedade, disciplinada por normas próprias e peculiares. Logo, nenhum dos consortes tem a metade de cada bem, enquanto durar a sociedade conjugal, e muito menos a propriedade exclusiva de bens discriminados, avaliados na metade do acervo do casal. Esses bens compenetraram-se de tal maneira que, com a dissolução da sociedade conjugal, não se reintegram ao patrimônio daquele que os trouxe ou os adquiriu.”<sup>17</sup>

O regime de comunhão universal prevaleceu até o advento da lei que introduziu o divórcio Lei nº 6.515/77 alterou a redação do artigo 258 do Código Civil, como regime legal. A justificativa para sua adoção seria de ordem histórica e moral. A primeira porque, originária do direito germânico, espalhou-se pela Europa, firmando-se em Portugal, a segunda por se considerar que o casamento é uma comunhão de vidas, e a comunhão traduziria, no plano material, a projeção de mais estreita união de vida e de interesses, que resulta do casamento. Atualmente prevalece o regime de comunhão parcial, sendo necessário, para adoção do regime de comunhão universal, que seja celebrado pacto antenupcial.

A totalidade assim constituída é de ambos, na medida da meação sobre a totalidade do acervo, mesmo que nada tenha trazido ou adquirido um dos cônjuges. Segundo foi dito, entram na propriedade comum, no regime universal, todos os bens presentes e futuros.

---

<sup>17</sup> Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Família. 2004, p.161-162

Apesar de implicar a comunicabilidade de todos os bens presentes e futuros, admite esse regime, excepcionalmente, a exclusão de alguns por terem efeitos personalíssimos ou devido a sua própria natureza. Os bens excluídos da comunhão vêm discriminados no artigo 1668 do Código Civil. A incomunicabilidade dos aludidos bens não se lhes estende aos frutos quando se percebam ou vençam durante o casamento.

### 2.2.3 Participação Final nos Aquestos

Em substituição ao regime dotal, o novo código trouxe o regime de participação final nos aquestos, constantes nos artigos 1675 a 1686. Deve-se salientar que, não se confunde com o regime da comunhão parcial de bens.

Consiste em uma formação de massa patrimonial particular incomunicável durante o casamento, tornando-se comum no momento da dissolução da sociedade conjugal. Assim, cada cônjuge é credor de 50 % do que o outro adquiriu onerosamente na constância do matrimônio.

Segundo RODRIGUES (2004),

“A participação final, nos aquestos, representa um regime híbrido, ou misto, ao prever a separação de bens na constância do casamento, preservando, cada cônjuge, seu patrimônio pessoal, com a livre administração de seus bens, embora só se passa vender os imóveis com a autorização do outro, ou mediante expressa convenção no pacto dispensado a anuência artigos 1672, 1673, parágrafo único, Código Civil, o artigo 1656. Mas, com a dissolução, fica estabelecido o direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento artigo 1672.”<sup>18</sup>

Sua utilidade maior é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade de fazê-lo posteriormente. Na parte introdutória ao regime de bens, o artigo 1656 do Código Civil estabelece, *in verbis*, “No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”.

<sup>18</sup> Silvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito Família**. 2004, p.194.

Cada cônjuge administrará os bens adquiridos antes e posteriormente ao casamento, podendo alienar bens moveis livremente, no entanto, se forem moveis deverá obter a autorização de outro cônjuge, sendo que, excepcionalmente, para se abster desta exigência, quando constar no pacto antenupcial e desde que particulares, artigo 1656, Código Civil.

Cada consorte arcará com suas dívidas, salvo se provar que reverterem em proveito comum, artigo 1677, Código Civil. É efetuada no momento da dissolução da sociedade conjugal, excluindo-se os bens particulares os adquiridos através de doação, legado ou herança, artigo 1674, Código Civil. Porém os frutos dos bens particulares se comunicam.

Daí, a indicação dos critérios para a identificação e apuração do patrimônio a ser objeto de participação recíproca, feita nos artigos 1673 e seguintes. Assim o Código aponta a forma como se dará a operação contábil para o cálculo da participação de um sobre os aqüestos em nome do outro, estabelecendo as regras de liquidação do acervo.

Cabe salientar que se trata de regime misto, pois na vigência do casamento, aplicam-se normas semelhantes ao do regime da separação de bens e, ao final do matrimônio, são aplicadas as regras que se assemelham ao regime da comunhão parcial.

#### **2.2.4 Separação de Bens**

O regime de separação de bens vem a ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Há incomunicabilidade não só dos bens que cada possuía ao se casar, mas também dos que veio a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges.

Monteiro (2003)<sup>19</sup> conceitua tal regime da seguinte forma “Eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”.

---

<sup>19</sup> Washington de Barros Monteiro. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2003, p.178.

Esse regime nada influi na esfera pecuniária dos consortes, salvo no que diz respeito á proibição de alienar imóveis sem o assentimento do outro cônjuge, com exceção ao regime da separação de bens absoluta, artigo 1647, caput, Código Civil. O passivo dos cônjuges também é separado, não se comunicando os débitos anteriores ou posteriores ao casamento, pelos quais responde o consorte que os contraiu, isoladamente.

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. Dispõe o artigo 276 *in verbis* “Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem moveis.”

O artigo 277, que complementa o capítulo referente à separação de bens, composto de dois únicos dispositivos, trata da obrigação da mulher nesse regime em contribuir com os rendimentos de seus bens para as despesas do casal. Na mesma linha do que temos reiteradamente referido a respeito da noiva linha constitucional, marido e mulher devem contribuir proporcionalmente a seus ganhos para a manutenção do lar conjugal, não havendo mais base legal para distinção entre os cônjuges.

O novo código, em sentido exatamente diverso, permite expressamente a alienação ou imposição de ônus pelo titular do patrimônio, inclusive imobiliário, independentemente da autorização do respectivo cônjuge (artigos 1687 e 1647, caput).

Pelo casamento os cônjuges unem suas vidas seus destinos. Mas por meio do pacto antenupcial em que ajustam a separação, circunscrevem os efeitos dessa união, a fim de impedir que ela se estenda também ao campo patrimonial.

RODRIGUES (2004)<sup>20</sup> afirma “que, embora seja marido e mulher, cada cônjuge continua dono daquilo que era seu, será senhor exclusivo dos bens que vier a adquirir e receberá sozinho, as rendas produzidas pro uns e outros desses bens.”

---

<sup>20</sup> Silvio Rodrigues. **Direito Civil: Direito Família**. 2004, p. 191.

Neste regime as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges, quer anteriores ou posteriores ao casamento não se comunicam. Porém as dívidas contraídas pelo cônjuge para a aquisição das utilidades necessárias à economia doméstica, ou empréstimos para esse fim, se comunicam, fato este que se encontra disposto no artigo 1644 do Código Civil.

#### **2.2.4.1 Regime de Separação Obrigatória de Bens**

Dentro do regime de separação de bens há expressamente previstas de separação instituídas, sobretudo, com o escopo de proteger os bens de cada cônjuge em certas situações, ou por motivos de ordem pública, ou como forma de punição por infringência a certos impedimentos de menor relevância. DINIZ (2006):

“Parece-nos que a razão está com os que admitem a comunicabilidade dos bens futuros, no regime de separação obrigatória, desde que seja produto do esforço comum do trabalho e economia de ambos, até o princípio de que os consortes se constituem uma sociedade de fato ou comunhão de interesses.”

<sup>21</sup>

O regime da separação obrigatória de bens é imposto por lei com finalidades diversas, a depender da hipótese retratada, tendo a finalidade protetiva a terceiros, em certos casos, como do viúvo que, sem fazer a partilha de bens de casamento anterior, tendo filhos, casa-se novamente, e, em outros, ao cônjuge, que está presente no casamento celebrado com suprimimento judicial, bem como naquele realizado além do limite legal de idade.

O regime da Separação de Bens Obrigatória é aquele estabelecido no artigo 1641, do Código Civil, o qual determina que se casarão neste regime, sem qualquer comunicação dos bens e dívidas:

- a) as pessoas casadas com os impedimentos descritos no artigo 1523, do Código Civil, (causas suspensivas do casamento);
- b) a pessoa maior de sessenta anos;
- c) todos os que dependerem de suprimimento judicial para casar.

---

<sup>21</sup> Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil: Direito Família**. 2006, p. 192-193.

O legislador obriga tais pessoas a contraírem núpcias sob a égide deste regime, que este impedimento se manifesta em razão de interesses sociais e éticos. Busca-se assegurar a proteção patrimonial de pessoas que tenham acumulado algum patrimônio durante a vida e, diante da expectativa de vida que possuem, possam ser prejudicadas por interesses de eventuais aproveitadores. Tenta-se evitar o vulgo golpe do baú.

Agora, imaginem-se dois casais. O primeiro casal é Pedro, 61 anos, solteiro, e Ana, 56 anos, viúva. O segundo casal é João, 62 anos, viúvo, e Maria, 55 anos, viúva. Pedro e Ana querem se casar civilmente, enquanto que João e Maria querem constituir União estável.

Conforme o artigo 1641, II, do Código Civil, Pedro e Ana deverão se casar pelo Regime da Separação Total de bens na forma obrigatória, em decorrência de Pedro contar com mais de sessenta anos de idade. Portanto, o casal não terá possibilidade de escolher o regime de bens que lhe aprouver, porque há imposição legal relativa ao regime matrimonial.

Quanto a João e Maria, casal pretende constituir União Estável, não há imposição legal para que o regime de bens escolhido seja o da Separação Total de Bens na forma obrigatória. Como se observou, na constituição de União Estável, se não houver sido escolhido outro regime de bens entre os companheiros, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens. Neste caso, supondo-se que houvesse a dissolução da União Estável em vida, se o casal não houvesse escolhido algum regime de bens diverso (prevalecendo a comunhão parcial, de acordo com o artigo 1725, do Código Civil) e se algum deles tivesse adquirido algum bem a título oneroso na constância da união, este bem seria dividido por igual entre ambos. Diversamente seria a situação de Pedro e Ana, casados civilmente sob o regime da Separação Total de Bens na forma Obrigatória, pois, caso houvesse separação judicial de ambos, nenhum teria direito sobre o bem adquirido pelo outro na constância da união.

Existem exceções à autonomia de escolha, em situações na qual a lei impõe o regime da separação obrigatória, que é imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo da vontade dos interessados.

Quanto ao nosso objeto de estudo, refere-se ao casamento do maior de 60 anos, obrigatório por este regime. Venosa (2001) recita:

“O legislador compreendeu que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso.”<sup>22</sup>

Segundo Rodrigues (1999) posiciona-se contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual. Dizia, com base no antigo diploma:

“Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de que a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.”<sup>23</sup>

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, afirma que no regime da separação obrigatória deverão comunicar-se os bens adquiridos na constância do matrimônio a título oneroso, como no regime da comunhão parcial de bens.

---

<sup>22</sup> Silvio de Salvo Venosa. **Direito Civil: Direito Família**. 2001, p. 152.

<sup>23</sup> Silvio Rodrigues. **Direito Civil. Direito Família**. 1999, p, 165

### 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma vez criada a Constituição de um país, deve-se zelar pela sua coerência interna no desenvolver do tempo. As mudanças que ocorrem nas constituições, as quais nos reportamos quando da classificação em rígidas, flexíveis e semi-rígidas, não podem trazer contradições para com o texto já escrito. As emendas e demais leis do ordenamento jurídico devem sempre estar em consonância com o já estatuído na lei máxima.

E justamente por ser a lei máxima de nosso ordenamento jurídico, todas as demais leis, constitucionais ou infra-constitucionais, devem estar de acordo com as normas e princípios esculpidos na Carta Magna.

Para manter esta coerência do sistema, foram criados os sistemas de controle de constitucionalidade. O próprio nome já explica o instituto. São mecanismos que visam expurgar do sistema as normas que não são constitucionais, ou seja, que conflitam com o Texto Maior. Segundo Temer (2001), “numa conceituação bastante simples e objetiva. “controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição”.

No mesmo sentido, versando sobre a inexistência de leis ou atos contrários à constituição, nos esclarece Bastos (1999), “a Inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional, é um caso particular de invalidade dos atos jurídicos em geral. Particulariza-se por ocorrer na espécie um conflito com a própria norma constitucional”.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige-se mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a constituição assim a determina, também de normas constitui conduta inconstitucional.

### 3.1 Idéia Central

Moraes (2006), dá o seguinte conceito sobre idéia central: “a idéia central de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.<sup>24</sup>

Há autores que aponta a primordial finalidade de controle de constitucionalidade, qual seja, a proteção dos direitos fundamentais, afirmando que, na organização da justiça constitucional italiana, apesar da inexistência de procedimentos específicos, como o recurso de amparo, o controle desenrola-se nos próprios processos ordinários civis, penais ou administrativos de forma incidental, pela remessa dos autos à Corte Constitucional, concebido para resolver uma questão prejudicial para a decisão do procedimento em curso, garantindo-se, igualmente, a supremacia dos direitos constitucionalmente protegidos.

De acordo com Moraes (2001), analisando a proteção dos direitos fundamentais pelos demais órgãos do Poder Judiciário alemão aponta que a plena possibilidade dessa hipótese constitui-se uma das inovações mais importantes da jurisprudência tedesca, pois os tribunais têm o direito e são chamados a aplicar diretamente a Constituição quando necessário, interpretando as leis ordinárias de acordo com o Direito Constitucional.<sup>25</sup>

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

### 3.2 Conceito

O objetivo maior do Direito Constitucional é que se chama filtragem constitucional. Isso quer dizer que todas as espécies normativas do ordenamento jurídico devem existir, ser consideradas como válidas e analisadas sempre sob à luz da Constituição Federal.

---

<sup>24</sup> Alexandre Moraes. **Direito Constitucional**. 2001, p. 559.

<sup>25</sup> *Ibid*

Através dessa observância é que se afere se elas são ou não constitucionais. É nesse momento que entre o controle de constitucionalidade, para observar se as leis e normas estão compatíveis com a Carta Magna.

Quando se tem a idéia de controle de constitucionalidade, significa dizer então que é feita uma verificação para saber se as leis ou atos normativos estão compatíveis com a Constituição Federal, tanto sob o ponto de vista forma, quanto material.

Verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais, significa controlar a constitucionalidade.

No sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais.

### **3.3 Requisitos de Constitucionalidade das Espécies Normativas**

Todas as espécies normativas prevista no artigo 59 da Constituição Federal, devem ser comparadas com determinados requisitos formais e materiais.

Alexandre Moraes 2001 diz que, a análise da constitucionalidade das espécies normativas (artigo. 59 da Constituição Federal) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais.<sup>26</sup>

#### **3.3.1 Requisitos Formais**

Existem regras do processo legislativo constitucional que devem ser obrigatoriamente seguidas, caso contrário terá como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo, possibilitando assim um controle repressivo por parte do Poder Judiciário através do método difuso ou concentrado.

---

<sup>26</sup> *Ibid*

O artigo. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade, que deve ser entendido como ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (artigos. 59 a 69, da Constituição Federal).

Com isto, a inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado.

Moraes (2001) cita dois aspectos nos requisitos formais, quais sejam: subjetivos e objetivos. O primeiro refere-se à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade. E o segundo aspecto, refere-se às duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar todo o trâmite constitucional previsto nos artigos. 60 a 69.<sup>27</sup>

### **3.3.2 Requisitos Materiais**

Trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal.

---

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 560

### **3.4 Controle Repressivo Realizado Pelo Poder Judiciário**

O Judiciário tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do poder Público que contrariem formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo judiciário é misto, ou seja, é exercido tanto da forma concentrada, quanto da forma difusa.

A Constituição Federal em seu art. 102, a, afirma competir ao Supremo Tribunal Federal, precisamente, a guarda da constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, 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. Por sua vez, o art. 97 estende a possibilidade do controle difuso também aos Tribunais, estabelecendo, porém, uma regra, ao afirmar que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

#### **3.4.1 Controle Difuso**

Caracterizando como a modalidade de fiscalização da constitucionalidade atribuída a qualquer juiz ou tribunal, que podem, em um caso concreto, afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo do Poder Público tido por incompatível com a Constituição. É a modalidade que caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade de ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

O controle difuso tem origem histórica nos Estados Unidos da América, quando da ocorrência do famoso caso *Marbury vs Madison*. Nele, o juiz Marshall decidiu garantir a aplicação da Constituição frente a lei ordinária, em um caso concreto submetido à sua apreciação. Tal mecanismo de controle foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro

quando do advento da Constituição de 1891 (artigo. 59), havendo sua consolidação com a chegada da Lei nº 221 de 1894.

Esta forma de controle é também conhecida por controle por via de exceção ou de defesa. Recebe tais denominações em virtude de simbolizar o mecanismo processual por meio do qual pode ser exercido o próprio controle. Desta forma, qualquer pessoa pode argüir a inconstitucionalidade da lei, no curso de um processo, por meio de uma exceção de inconstitucionalidade.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

Cappelletti (1980), resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da *common law*, denominando-os de descentralizado ou difuso, confiado a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.<sup>28</sup>

No Brasil, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade existe desde a primeira Constituição republicana de 1891, que em seu artigo 59,<sup>29</sup> como ressaltou Ruy Barbosa:

“Obriga esse tribunal a negar validade às leis federais, quando contrarias à Constituição, e as leis federais são contrarias à Constituição, quando o Poder Legislativo, adaptando tais leis, não se teve nos limites, em que a Constituição o autoriza a legislar, isto é, transpassou a competência, em que a Constituição o circunscreve”.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Mauro Cappelletti. **Tribunais Constitucionais Europeus**. 1980, p. 601.

<sup>29</sup> Constituição Federal de 1891 – “art. 59, §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando se contestar a validade de leis ou de atos de governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos esses atos, ou essas leis impugnadas.”.

<sup>30</sup> Ruy Barbosa. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 1993, p. 23.

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

Percebe-se que resulta assegurada a legitimidade ampla, de qualquer sujeito, para a deflagração desta forma de controle.

Portanto, observa-se que o idoso que se sentir prejudicado com o Código Civil, neste caso se trata sobre o regime da separação obrigatória no casamento do idoso, aplicando o controle difuso, pode ele buscar a justiça para declarar essa norma inconstitucional a partir de uma ação principal, daí obtendo a declaração terá liberdade de escolha sobre o regime de bens que irá prevalecer em seu casamento, porém essa exceção ao Código Civil, aplicará somente a este caso, não se aplicando a eventos futuros de mesma natureza.

### **3.4.1.1 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade – Controle Difuso.**

#### **3.4.1.1.1 Entre as Partes do Processo (ex tunc).**

Declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 2001, p. 569.

### 3.4.1.1.2 Para os Demais (*ex nunc*)

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, artigo. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.<sup>32</sup>

### 3.4.2 Controle Concentrado

Nesta modalidade de controle, por sua vez, a lei ou o ato normativo encarados como inconstitucionais são atacados frontalmente, mediante ação que tem por objeto principal a incompatibilidade pleiteada.

Uma vez reconhecida a existência da inconstitucionalidade pleiteada, há afastamento da norma do próprio ordenamento jurídico, e não da aplicação no caso concreto, como ocorre no controle difuso.

Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidos no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, com interesse maior de propor uma ADIN para discutir se uma lei é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

Também chamado de via de ação direta, onde Hans Kelsen (1985), criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que:

---

<sup>32</sup> *Ibid*

“Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico”.<sup>33</sup>

No Brasil, o controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República, apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934. Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen (1985), competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Procura-se obter, por meio desse controle, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Portanto, a declaração da inconstitucionalidade é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais européias, diferentemente do ocorrido no controle difuso.<sup>34</sup>

O controle concentrado tem várias espécies contempladas pela Constituição Federal:<sup>35</sup>

- a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);
- b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º);

<sup>33</sup> Hans Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 1985, p. 300-301.

<sup>34</sup> Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 2001, p. 581.

<sup>35</sup> A Lei n. 9.868, de 10-11-1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

- d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, *in fine*; EC n. 03/93);
- e. arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).<sup>36</sup>

Nesta forma de controle, o Procurador-Geral da República entra com uma Ação Principal com pedido de Inconstitucionalidade de uma Lei ou Ato Normativo Federal ou Estadual perante o Supremo Tribunal Federal, sendo este pedido provido, todos os idosos que queiram se casar, seriam beneficiados com a declaração de inconstitucionalidade de tal dispositivo, do qual é tratado neste trabalho sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens em seu casamento, assim valerá a todos, ou seja, aplicará não a um só caso ou indivíduo, mas a todos aqueles que advirem futuramente com intenção de se casar após serem maiores de sessenta anos.

### 3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

Tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico a lei contemporânea estadual ou federal, que seja incompatível com a Constituição Federal, com a finalidade de obter a invalidade dessa lei, pois relações jurídicas não podem se basear em normas inconstitucionais. Dessa maneira fica garantido a segurança das relações. A competência de processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual é do STF - Supremo Tribunal Federal.

O autor da ação pede ao STF - Supremo Tribunal Federal que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.<sup>37</sup>

O objeto principal da ação é a declaração da inconstitucionalidade, diferentemente do ocorrido no controle difuso.

---

<sup>36</sup> STF – Pleno – agravo regimental – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43-2/DF – Rel. Min. Carlos Britto, **Diário da Justiça**, Seção I, 13 fev. 2004, p. 9.

<sup>37</sup> Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 2001, p. 582.

O STF - Supremo Tribunal Federal, não admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se esgotado, entendendo, ainda, a prejudicialidade da ação, por perda do objeto, na hipótese de a lei ou ato normativo impugnados virem a ser revogados antes do julgamento final da mesma, pois, conforme entende o Pretório Excelso, a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, constituindo-se, pois, uma finalidade de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, nunca de legislador positivo. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

Em virtude de sua natureza e finalidade especial, a ação direta de inconstitucionalidade não é suscetível de desistência. O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, admitia a desistência da ação proposta, tendo, porém, afastado esse entendimento e, desde 1970, seu regimento interno, expressamente, consagra a inadmissibilidade da desistência da ação.

### **3.6 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**

Moraes (2001), diz dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da seguinte forma:

“Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*)”.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibid*, p. 599.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.<sup>39</sup>

A lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no controle concentrado de inconstitucionalidade, sai do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal, que permanece somente para a utilização no controle difuso.

A Lei n. 9.868/99 inovou em relação a ação direta, permitindo ao Supremo Tribunal Federal a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Assim, o art. 27 prevê que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.<sup>40</sup>

### **3.7 Consciência Constitucional**

Ao longo da história, mesmo nas épocas mais remotas, o ser humano sempre é encontrado em sociedade. A vida solitária e divorciada do mundo, por opção ou infortúnio, representa exceção.

Essa associação entre os seres humanos decorre, fundamentalmente, de uma necessidade natural. Só a convivência e com a cooperação dos semelhantes, homens e mulheres obtêm os meios essenciais aos fins de sua existência e desenvolvem todo seu potencial de aperfeiçoamento, seja intelectual, moral ou técnico. Tal necessidade, contudo, transcende o mero plano material. Além disso, a premissa de que o homem é um ser social por natureza não exclui a participação da consciência e da vontade humanas.

---

<sup>39</sup> RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência - 1995, 146/461.

<sup>40</sup> Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional**. 2001, p. 600.

Conseqüentemente, a sociedade é produto da conjugação de um impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana, tendo por finalidade o bem de todos os seus integrantes. Ora, a expressão mais ampla nessa tendência associativa do ser humano reside nas chamadas sociedades políticas, posto que ocupam-se da totalidade das ações humanas. E, a sociedade política de maior importância, por sua capacidade de influir e condicionar, é inegavelmente o Estado.

Tendo em vista que é comum a ocorrência de uma variedade de normas jurídicas num mesmo Estado, faz-se mister que elas estejam dispostas hierarquicamente como sistema, denominado de ordenamento jurídico. Nesse ordenamento, é imperioso se eleger um instrumento político-jurídico de primeira grandeza, que declare os direitos e deveres fundamentais de todos os indivíduos e que ao mesmo tempo, defina as regras de organização social e as limitações ao uso dos poderes políticos e econômicos, impedindo que a sociedade se componha de dominantes e dominados. E esse instrumento é a Constituição, à qual nada se sobrepõe.

Ao lado da Constituição, há de haver, igualmente, um interesse consciente em cumpri-la e fazê-la cumprir. Tal consciência é revelada pela apreensão da própria situação de cada um dos membros da sociedade em relação aos outros, isto é, com a plena idéia de cada um no seu grupo social, integrado no grupo maior, com o governo institucionalizado, que é o Estado.<sup>41</sup>

São os agentes políticos do Estado os responsáveis pelo cumprimento da Constituição e pelo interesse em fazê-la valer, sendo eles: os legisladores, os administradores e os juizes. Com isso, assumem também o risco de cumprir a Lei Maior. Esse perigo existe na medida em que a Constituição, em regra, representa um instrumento de Governo, mas também uma limitação jurídica ao Estado, conseqüentemente, uma limitação à ação dos governantes. Se estes intentam cumprir a Constituição, devem estar cientes desse aparente inconveniente, que acarretará uma contenção às suas ações, em nome de um valor maior, representado na constitucionalidade.

---

<sup>41</sup> Ronaldo Coletti. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 1997, p. 245.

O Governo, como órgão do Poder, para agir, no cumprimento de seus misteres institucionais, tem a necessidade de considerar os aspectos jurídicos condicionantes de seus atos. Ou seja, os governantes não podem deixar de considerar as conseqüências jurídicas de suas ações, vale dizer, devem cogitar do aspecto da juridicidade, sob pena de decretarem, também, a inviabilidade do controle da constitucionalidade.

O verdadeiro controle da constitucionalidade realiza-se através de um processo amplo de interesse pela juridicidade, da qual a constitucionalidade é uma faceta. O controle da constitucionalidade, como processo político-jurídico, depende também da educação do povo e da formação do homem público.

## 4. DISCRIMINAÇÃO DO IDOSO

Antes do advento da Revolução Francesa, no séc. XVIII, que propagou pelo mundo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, a condição de pessoa humana não era suficiente para que a lei dispensasse aos indivíduos tratamentos isonômicos.

A participação do indivíduo no processo de criação das normas era determinada pela condição econômica que o mesmo ocupava no contexto social. Como regra, sobretudo, na Idade Média, a posição social era determinada pela tradição das famílias feudais, as quais detinham grandes extensões de terra. Assim, como decorrência lógica da estrutura de poder adotada pelo modelo feudal, o sujeito que não detinha capacidade econômica para ascender às classes sociais mais altas ficava à margem do contexto político da época, de modo que tinha que suportar o tratamento desigual trazido pela própria lei.

Tal modelo, embora tenha perdurado por toda a Idade Média, foi rompido por uma nova ordem jurídico-político, inaugurada em 14 de julho de 1789, com a Tomada da Bastilha. Conhecida como Revolução Francesa ou Revolução Burguesa, foi considerada o marco de transição da Idade Média para a Idade Moderna, vez que representou para o mundo a adoção de novos paradigmas e o sepultamento do Antigo Regime.

Nesse novo contexto, a lei (norma abstrata e geral) não poderia criar distinções entre indivíduos iguais. Portanto, consagrada estava a tão almejada igualdade formal, isto é, a igualdade perante a lei. Tal conquista representou um grande avanço na História da humanidade, na medida em que significou a equivalência de direitos e obrigações na órbita jurídica dos indivíduos. Contudo, apesar da importância na conquista da igualdade formal, foi necessário avançar um pouco mais para que a igualdade não ficasse restrita à aplicação do Direito, mas que alcançasse a própria criação do Direito, isto é, o princípio da igualdade deve orientar, além do aplicador do direito, o próprio legislador, que estará vinculado à criação de normas isonômicas para todos os cidadãos.

O princípio da igualdade, que na Carta Magna Brasileira está consagrado no art. 5º que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, atua como informador de toda a ordem jurídico-constitucional, de modo que sua aferição deverá passar também pelo crivo do aspecto material de tal princípio, ou seja, deverá alcançar o próprio conteúdo da norma, definindo quem são os iguais e quem são os desiguais, sob pena de dispensar tratamento desigual aos iguais e igual aos desiguais, incorrendo na problemática jus-filosófica da injustiça. Como se disse, o princípio da igualdade, seja em seu aspecto formal ou material, deve orientar o legislador durante todo o processo de criação das normas, não podendo este dele se afastar.

Neste trabalho, o que se propõe é justamente demonstrar que o legislador infraconstitucional ao instituir no artigo. 1641, II, do Código Civil 2002 que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento dos maiores de sessenta anos" afastou-se do primado constitucional da igualdade que o vincula em sua atividade.

Veja que tal dispositivo apresenta, no ordenamento jurídico brasileiro, total incoerência sistêmica, haja vista sua total incompatibilidade com a Constituição Federal que estabelece em seu artigo. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O legislador de 2002, ao impor a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de sessenta anos, criou uma distinção que não pode ser tolerada em nosso ordenamento, vez que tal distinção se deu simplesmente pelo critério de idade, presumindo, equivocadamente, como se mostrará que o indivíduo maior de sessenta anos não é apto para livremente optar pelo regime de bens, devendo o Estado, mediante inserção de norma cogente no âmbito do Direito Privado, impor o regime a ser seguido pelos nubentes.

Veja que com relação à união estável não há qualquer vedação legal à comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo aplicado, salvo estipulação em contrário por contrato escrito entre os companheiros, o regime da separação parcial de bens, por força do que está disposto no artigo. 1725 do Código Civil/02.

Ora, porque privilegiar aquele maior de sessenta anos que livremente opta pela união estável podendo usufruir o regime da separação parcial de bens, em detrimento daquele que optou pelo vínculo jurídico do casamento?

É indubitável que a similitude dos vínculos (união estável e casamento) não justifica tratamentos e conseqüências jurídicas tão diversas, sendo certo que a previsão do artigo. 1641, II do Diploma Civil malferre o princípio da igualdade.

Além disso, se não há nenhuma vedação à que o maior de sessenta anos possa celebrar contrato de doação, resguardando-se apenas a legítima dos herdeiros, inconstitucional a imposição do regime de bens a ser seguido. Ora, não se pode olvidar que estamos tratando de direito privado, de caráter patrimonial, e, portanto, disponível.

Acrescenta-se ainda que o artigo. 40, II da Constituição Federal/88, estatui que os servidores da Administração Pública serão aposentados compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Note-se que embora não se pretenda sustentar neste trabalho a fixação de determinada idade para aproveitamento da norma civil, seria, no mínimo, incoerente admitir que o servidor esteja nos quadros fixos da Administração Pública, inclusive, em cargo de gestão da coisa pública, até os setenta anos de idade e não possa optar pelo regime de bens que estenda satisfatório aos seus interesses por possuir mais de sessenta anos.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso, consubstancia-se em medida protetiva do Idoso (que segundo a referida lei é aquele que possui idade igual ou superior a sessenta anos de idade) e possui, dentre outros objetivos, o de evitar (punindo, se necessário) qualquer forma de discriminação em virtude da idade.

Nesse sentido, entendemos que a norma civil em comento importa em restrição do idoso ao direito fundamental da igualdade, criando uma discriminação que não coaduna com o Texto Maior e que vai na contra-mão da finalidade do Estatuto do Idoso.

Ora, se tal estatuto visa a proposição de medidas criadoras e protetivas de direitos referentes aos idosos, não se pode aceitar a concomitância de dispositivo legal vigente que possua forte carga discriminatória como o é o artigo. 1641, II do CC/02. Inconcebível,

portanto, a manutenção de tal norma restritiva de direito, vez que, além de ilegítima a ingerência do Estado nessa esfera da vida privada, malfez, ainda, o conteúdo normativo do princípio da igualdade, do qual não se pode afastar, em hipótese alguma, o legislador infraconstitucional.

#### **4.1 O Idoso e o Regime de Bens**

A Lei Maior, que se quer cidadã, democrática e igualitária, de modo expreso veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. 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. O Estatuto do Idoso, igualmente assegura todos os direitos e garantias a quem tem mais de 60 anos.

Tais postulados, no entanto, não foram suficientemente enfáticos para excluir da nova codificação civil uma *capitis diminutio* contra a chamada terceira idade. Quem pretender casar após os 60 anos tem subtraída de forma injustificável, aleatória e discriminatória a plenitude de sua capacidade para eleger o regime de bens que lhe aprover. Absurdamente é imposto o regime da separação legal de bens, que gera a total incomunicabilidade para o passado e para o futuro. Sequer é tornado obrigatório o regime da comunhão parcial, que é o vigente quando os nubentes nada manifestam e não convencionam diferentemente por meio de pacto antenupcial, o que, no mínimo, obviaria algumas injustiças.

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

Frente ao casamento, no entanto, tudo isso é olvidado. Quando alguém, após atingir a idade de 60 anos, quiser casar, ainda que não esteja impedido de fazê-lo, não pode dispor sobre questões patrimoniais e escolher livremente o regime de bens.

A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade. Tão draconiana limitação já existia no Código Civil de 1916, só que estabelecia diferença de idade a depender do sexo dos nubentes. O inciso. II do parágrafo único do art. 258 impunha o regime da separação de bens quando a noiva tinha mais de 50 anos ou o noivo houvesse ultrapassado os 60 anos de idade. Essa diferenciação de tratamento tinha origem na menos-valia emprestada à mulher, que só era valorizada por seus atributos físicos, beleza e sensualidade. Assim, uma mulher com mais de 50 anos não poderia ser alvo de um amor verdadeiro. Como o fator valorativo do homem sempre esteve ligado à virilidade, que perdura mais do que a beleza, somente quando sexagenário é que perdia ele a capacidade de despertar o interesse de alguém.

Aos 60 anos, a capacidade de exercício e de fato do maior de 60 anos se torna relativa no Direito de Família, pois há uma necessidade de se tutelar o sexagenário, quando de casamento, não sendo oportunizado a escolha do regime matrimonial. A nossa lei vigente silencia quando se trata do regime de bens na União Estável, que é uma entidade familiar, não há a incidência desse regramento, sendo assim, fica ele submetido ao regime da comunhão parcial de bens, que é o regime adotado pelo nosso Código Civil.

A conclusão que se afigura óbvia não é somente a necessidade de ser revogado o inciso. II do artigo. 1.641, mas de todo o artigo. 1.641, que se reveste de inconstitucionalidade gritante, pois fere esta restrição é manifestamente inconstitucional, pois fere, a olhos vistos, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. De fato a intervenção do Estado em uma esfera íntima e pessoal de tal natureza agride e viola o espaço individual da liberdade privada. Ferindo também o princípio constitucional da isonomia, na medida em que eventuais companheiros não encontrariam tais restrições na partilha de bens, o aludido preceito cria uma nova forma de incapacidade não prevista em lei, posto que a enumeração taxativa dos incapazes já fora declinada na parte geral do Código Civil.

Sim, pois se obrigatório o regime de separação de bens para maiores de 60 (sessenta) anos, é porque estes supostamente padecem de alguma deficiência que lhes impossibilita a plena compreensão dos seus atos. Ora, contraditoriamente, um menor de 18 (dezoito) anos pode optar - à luz do novo código pelo regime de bens que lhe aprouver, quando, à toda evidência, falta-lhe, em regra, a exata compreensão da gravidade de tal escolha.

Vê-se, pois, que o aludido preceito necessita ser extirpado definitivamente da legislação pátria, sob pena de invertermos a pauta de valores que preside a carta constitucional.

Ora, o dispositivo legal, objeto de repúdio e revolta, parece acreditar que as pessoas maiores de sessenta anos não têm o devido discernimento para dispor sobre os seus bens, e numa falsa tentativa de proteger o patrimônio do idoso e da própria família, cria a maior das injustiças. A pessoa, que tiver plena capacidade de exercer os atos da vida civil, tem o direito de dispor livremente sobre os seus bens, e ninguém pode interferir nessa vontade, nem mesmo a lei? Não há razão para se entender que o maior de sessenta anos, que durante toda a vida constituiu seu patrimônio, a essa altura, seja tolhido de fazer suas próprias escolhas.

Os bens, que pertencem ao idoso, e que foram por ele conquistados, não só podem, como devem ser partilhados da forma que ele entender ser o melhor para a sua vida naquele momento, ainda que o futuro casamento dure apenas por alguns instantes. Como conceber a dignidade da pessoa humana, se ao completar sessenta anos, o indivíduo é considerado incapaz de resolver sozinho como irá estabelecer seu regime de bens?

Ainda que com a melhor das intenções, a lei partisse do pressuposto que o idoso seria vulnerável às enganações, peca terrivelmente por ignorar o fato de que a experiência e a maturidade acumulada durante toda a vida podem revelar a mais apurada sabedoria. Essa restrição lesa de uma só vez todas as principais garantias previstas, criando uma classe de pessoas à margem da sociedade, que após certa idade, sofre com a discriminação, e o desrespeito às suas vontades.

Destarte, por todos os argumentos expostos, acredita-se que o dispositivo legal combatido deve ser revogado, de forma a apagar qualquer vestígio de discriminação, pois ao Direito cabe o papel de conceder a todos, de forma igualitária, as garantias legais previstas.

Não se trata somente de injustificável restrição que infringe o princípio constitucional da liberdade. Igualmente há desrespeito ao princípio da igualdade ao se conceder tratamento desigualitário entre o casamento e a união estável.

Uma forma que poderia ser viável para que o Idoso se visse livre deste dispositivo, seria entrar em juízo antes de seu casamento para obtenção da declaração de inconstitucionalidade de tal artigo que rege sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens, será por meio de um controle difuso, dado através de uma Ação Principal, o qual será um Alvará de Autorização para escolha do Regime Matrimonial, proposto no Juizado de Família, com um pedido de declaração de inconstitucionalidade daquele texto, sendo o pedido deferido pelo juiz, a obrigatoriedade que lhe é imposto irá cessar-se, ficando-o livre para a escolha do regime que melhor lhe couber, porém não valerá para os demais casos.

Para que todos sejam beneficiados ao mesmo tempo, seria necessário o Procurador-Geral da República, entrar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do referido dispositivo perante o STF, o qual se dá por meio de um Controle Concentrado, e sendo esta ação provida, este dispositivo torna-se revogado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão desenvolvida nesse trabalho indica que a discriminação feita ao idoso pelo Código Civil, apresenta profundos reflexos sociais, se tornando um problema de ampla dimensão no Brasil. O idoso é submetido de forma humilhante sob o texto do artigo 1.641, II do Código Civil, uma vez que não tem ele escolha sobre o regime de bens que irá perdurar em seu casamento, ficando submetido tão somente ao regime da separação obrigatória de bens ao se convolar núpcias.

Visando combater tal discriminação, o aparato-jurídico atinente à matéria é concernente a princípios constitucionais, que se encontra ferido neste ato. A Constituição Federal abrange vários princípios relativos à pessoa, seus direitos e deveres para como cidadão.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, inciso III, “a dignidade da pessoa humana”, texto este que não é respeitado pelo Código Civil em seu artigo 1.641, inciso II, que limita o regime de bens no casamento do idoso maior de 60 anos, permitindo somente o casamento no regime da separação obrigatória de bens, assim ferindo a dignidade do idoso. Seria está uma forma correta de atuação do Estado como um órgão regulador entre nós? De fato a intervenção do Estado em uma esfera íntima e pessoal de tal natureza agride e viola o espaço individual da liberdade privada?

Assim, a constituição coloca a dignidade da pessoa humana como o princípio de maior valor dentre outros, devendo todas as leis infraconstitucionais ao ser elaboradas respeitar esses princípios, ou seja, não podem contrariar os princípios básicos imposto pela constituição federal.

A proteção dada ao idoso, consagrada no artigo 1.641, II do Código Civil, tem por objetivo o resguardo de seu patrimônio contra terceiros de má-fé. No entanto, esse tratamento feito ao idoso, confronta-se com os princípios básicos da Constituição Federal.

Pessoas experimentadas na vida passam a ser tratadas como frágeis e indefesos seres, presas fáceis da cobiça de caça-dotes quando, em verdade, haveriam de ser ouvidas pelos mais jovens, na ocasião em que estes pretendessem decidir questões cruciais de suas vidas. Ademais, o incômodo questionamento é irresponsável: que bem quer a lei tutelar ao impor tal restrição? Os únicos beneficiários seriam os familiares do idoso e, ao que se sabe, o direito repele com veemência que se delibere acerca da herança de pessoa viva.

Efetivamente este dispositivo do Código Civil, visa à violação de um direito individual, dado a cada ser humano. Assim, configura uma ofensa a sua dignidade, que é um preceito indispensável à sua existência.

A possibilidade de se conceder tratamento diferenciado ao casamento e à união estável, dando uma condição de maior liberdade a quem optasse pela vida em comum sem a celebração das núpcias, gerou grande desconforto e um amargo sentimento de injustiça. A solução se impôs com clareza. Quando alguém com mais de 60 anos resolvesse viver com alguém, o melhor era simplesmente viver em união estável. A impositiva incidência da restrição à capacidade do par e a impossibilidade de comunhão do patrimônio não deixavam margem a outra solução. Na união estável, havendo a presunção de mútua colaboração, que leva à formação de um estado condominial, é possível ao menos a partição do patrimônio amealhado.

Se legalmente estamos submetidos a um Estado Democrático de Direito, a preservação da esfera individual é pressuposto para a convivência pública.

As evidências atuais provam a ineficácia do referido regime, uma vez que os melhores projetos de ações afirmativas, visando melhorias político-sociais, são de autoria de parlamentares maiores de sessenta anos, portanto o estudo em pauta é academicamente importante no sentido de fomentar o debate entre a comunidade acadêmica, formadora de opiniões e responsáveis pelas mudanças de paradigmas sociais.

A possibilidade do idoso que se sentir agredido na sua liberdade de escolha, poderá ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade com objetivo de descaracterizar o dispositivo do artigo supracitado, dando-lhe a liberdade de livre arbítrio entre os maiores de 60 (sessenta) anos para constituição de casamento no regime de bens no que lhes bem

entender, tendo em vista que a perspectiva de vida do ser humano tem aumentado em escala bastante relevante desde 1916 que já se encontrava a proibição da escolha de regime de bens no casamento do idoso maior de 60 e idosa maior de 50, a 2002, que manteve praticamente o mesmo dispositivo fazendo apenas uma mudança na idade da mulher, onde passa de 50 para 60 anos, aplicando o princípio da igualdade segundo alguns autores.

Em síntese, a idéia central deste trabalho foi de demonstrar a discriminação sofrida pelo idoso na constância de um casamento, sendo ele tratado pelo Código Civil como uma pessoa relativamente capaz desmoralizando a sua dignidade que fora construído durante longos anos de vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERNAZ, Marcelo Velasco N. **Direito Civil**. Apostila Axioma Jurídico. Goiânia: 2006.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 3.v., São Paulo: Saraiva, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Comentado por Clovis Bevilacqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. De Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. P. 92.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudo e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Brasília: Senado Federal, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem Idade**. Disponível em: [http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=759&isPopUp=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=759&isPopUp=true). Acessado em 10-02-2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 20ª ed., Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERNANDES, José. **Técnicas de Estudo e Pesquisa**. 5ª ed. Goiânia: Kelps, 2002.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola**. Revista de Direito Público.
- JÚNIOR CARVALHO, Pedro Lino de. **O Idoso e o Direito de Família**. Disponível no site: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo007.html>. Acessado em: 10-02-06.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?d=507>. Acessado em 30-03-2006.

MONTEIRO, Washington de B. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil**, Direito de Família. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Humanos Fundamentais**. 6ª ed., São Paulo: Atlas S.A. – 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil** – Alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-Fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 91.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. 2ª ed., coord. RICARDO FIÚZA. São Paulo: Saraiva, 2004.

STF – Supremo Tribunal Federal - Pleno – agravo regimental – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 43-2/DF – Rel. Min. Carlos Britto, **Diário da Justiça**, Seção I, 13 fev. 2004.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Direito de Família. 6ª ed., vol. 6. São Paulo: Atlas S.A., 2006.