



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

FERNANDA APARECIDA DIAS DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE
SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS PARA IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS**

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2018

FERNANDA APARECIDA DIAS DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE
SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS PARA IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS**

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum. de Caratinga, como exigência na disciplina Monografia Jurídica II, requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

CARATINGA – MG

2018

AGRADECIMENTOS:


TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A
inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens para idosos maiores de
70 anos, elaborado pelo aluno Fernanda Aparecida Dias da Silva foi aprovado por todos os
membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE
CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 03 de dezembro 2018


Prof. Júlia de Paula


Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira


Prof. Rafael Soares Firmino

Agradeço primeiramente a Deus, por me conceder forças para concluir esta etapa.

À minha família, aos meus pais Fernando e Renata, tios e aos meus avós.

Ao meu namorado Diego Henrique por ser meu companheiro e a toda a sua família.

À excelente professora Júlia que fez parte dessa jornada, e que sou extremamente grata.

Eu não sei o que quero ser, mas sei muito bem o que não quero me tornar.

Friedrich Nietzsche"

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abordar o inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil que estabelece que os maiores de setenta anos ao contrair matrimônio, terão que, por obrigatoriedade, fazê-lo sob o regime de separação de bens, artigo este que impõe certa incapacidade ao idoso. O trabalho trará como foco a ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da autonomia da vontade; a restrição à capacidade civil de pessoas absolutamente capazes e a discriminação por idade do idoso, o qual este artigo se torna inconstitucional. Bem como será evidenciado que o idoso de qualquer idade possui entendimento para então decidir suas próprias vontades e desejos.

Palavras-chave: Idoso; Casamento; Regime de bens; Princípios; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to deal with subsection II, article 1.641, of the Civil Code, which establishes that those who are over seventy years of age when they marry, will have to do so under the separation of property regime. imposes a certain incapacity on the elderly. The work will focus on the offense against the constitutional principles of the dignity of the human person, equality, freedom and autonomy of the will; the restriction on the civil capacity of absolutely capable persons and the age discrimination of the elderly, which this article becomes unconstitutional. As well as it will be evidenced that the elder of any age has understanding to then decide his own wants and desires.

Key words: Old man; Marriage; Regime of goods; Principles; Unconstitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DO IDOSO NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	14
1.1 Participação Efetiva do Idoso na Sociedade	15
1.2 Direitos Assegurados às Pessoas Idosas.....	15
1.3 O Casamento e o Regime de Bens	17
2. PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	21
2.1 Princípio da Igualdade	21
2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
2.3 Princípio da liberdade	27
2.4. A incapacidade no Direito Civil.....	28
3. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CC/2002 NAS SEARAS DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA	32
3.1 Âmbito Legislativo	32
3.2. Âmbito Doutrinário	36
3.3 Âmbito Jurisprudencial.....	38
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

INTRODUÇÃO

O matrimônio é um ato civil que celebra a união conjugal de duas pessoas, com o objetivo de construir uma família. É um ato de livre espontânea vontade, sendo os cônjuges livres para fazer e manifestar seus desejos, desde que nos parâmetros impostos pela lei, tendo a liberdade para escolher qual regime de bens irá adotar no casamento.

Deste modo ao contrair-se o casamento devem-se decidir os regimes de bens, desta forma irá regular o patrimônio que ambos os cônjuges possuíam antes do casamento bem como, aqueles que foram obtidos na constância do casamento, e produzirá efeitos com a dissolução do casamento, seja ele por divórcio ou pela morte de um dos cônjuges.

Os regimes de bens são os conjuntos de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do matrimônio. Regem, portanto, as relações patrimoniais entre marido e mulher, sob a afeição de regime: de comunhão parcial, de comunhão universal, de participação final nos aquestos e de separação de bens (legal ou convencional).

Para um melhor entendimento sobre os regimes de bens, ressalta-se a definição trazida pela ilustre Maria Helena Diniz, que define como:

Conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do matrimônio. Regem, portanto, as relações patrimoniais entre marido e mulher, sob a afeição de regime: de comunhão parcial, de comunhão universal, de participação final nos aquestos e de separação de bens (legal ou convencional)..¹

A lei é vaga ao tratar dos bens adquiridos na constância do casamento, em que ambos os cônjuges contribuíram para que fosse feita a aquisição de específicos bens, porém diante da omissão da lei, é possível a aplicação da Súmula 377 do STF: “No Regime de Separação Legal de Bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

¹DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 498.

Para Paulo Lobo, em sua doutrina Famílias, defende que: “Regime de Separação Total de Bens, vem para promover a igualdade de gêneros, onde ambos exercerão a guarda de seus bens de forma separada”.²

Desta forma para que tenha a obrigatoriedade deste regime, é preciso que tenha uma das hipóteses trazidas pelo artigo 1.641, do Código Civil Brasileiro.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.³

O objeto deste estudo do presente trabalho está mencionado na segunda hipótese trazida através do artigo 1.641, inciso II, onde estabelece que em situações que pessoas maiores de 70 anos pretendem contrair matrimônio, estes devem obrigatoriamente adotar o regime de separação obrigatória de bens, a legislação tende a resguardar a pessoa idosa, tendo em vista que há uma suposta vulnerabilidade. Portanto, ao fazer tal determinação o legislador coloca a pessoa maior de 70 anos com uma suposta incapacidade.

É conveniente ressaltar que o Código de 2002 estabeleceu o regime de separação obrigatória para maiores de 60 anos, porém, em 2010 a lei 12.344 alterou o texto da lei, aumentando a idade para 70 anos.

À capacidade civil das pessoas está regulamentada no Código Civil brasileiro nos artigos 3º e 4º, sendo que a legislação traz os dispositivos de forma taxativa, haja vista que a capacidade civil das pessoas não pode ser presumida, mas devesse decorrer de lei.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 3º estabelece que: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

Como verificado acima, percebe-se que o artigo 3º não faz menção aos maiores de 70 anos. Seguindo no mesmo código veja agora o artigo 4º, que traz em seu texto os relativamente incapazes:

² LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 331.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 08 de nov. 2018.

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

I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - Os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - Os pródigos.⁴

Como há de se observar, o artigo 4º também não expõe os maiores de 70 anos como relativamente incapazes. Assim, como já verificado anteriormente, nota-se que os dispositivos 3º e 4º não apresentam em seus textos o maior de 70 anos como incapaz nem como relativamente incapaz.

Percebe-se que o artigo 1641, II, ao estabelecer o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, gera uma nova modalidade de incapacidade, ou seja, explana este indivíduo como incapaz de escolher o seu próprio regime de bens. O fato de o idoso ter mais de 70 anos não o deixa absolutamente incapaz para exercer os atos da vida civil. Portanto, não pode ser privado do direito de decidir o regime de bens em que irá contrair matrimônio.

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

Como já é notório todo indivíduo é amparado pelo princípio da autonomia da vontade também conhecido como autonomia privada da pessoa, ou seja, toda pessoa capaz é livre para fazer suas próprias escolhas. Quanto ao princípio da autonomia da vontade, Francisco Amaral argumenta:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art.170) e na liberdade contratual (CC art.421).⁵

⁴Idem, ibidem

⁵AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O autor acima elucida que a autonomia da vontade, ou autonomia privada dá o direito e a liberdade para o indivíduo exercer sua democracia. Como no caso do casamento, que tem como característica a natureza contratual, em que os nubentes de livre e espontânea vontade se reúnem para celebrar o casamento, uma vez que ambos irão compartilhar a vida amorosa e patrimonial.

Já com relação ao estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, pode-se destacar os artigos 1º, 2º e 3º caput, que fazem menção a proteção da pessoa idosa.

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.⁶

Fazendo uma interpretação dos dispositivos acima citados, verifica-se que diversas garantias foram dadas as pessoas idosas. Veem-se inúmeros princípios englobados nos dispositivos, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana. É de se observar também que o artigo 2º da lei nº 10.741, assegura ao idoso “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, verifica-se que a lei ao impor o regime de separação obrigatório de bens aos maiores de 70 anos está ferindo o direito de escolha e a dignidade moral do idoso.

Ainda no estatuto do idoso, tem o artigo 4º, que em seu texto traz a garantia de que o idoso não poderá ser discriminado.

Art.4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.⁷

⁶http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁷Idem, ibidem

Como é notório os princípios são de maior importância na história dos direitos humanos, são direitos de várias dimensões que vem norteando o ordenamento jurídico brasileiro, a inobservância desses princípios fere diretamente garantias que vem expressas na Constituição Federal de 1988.

Como será explanado adiante, a imposição do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos, fere alguns princípios de maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro, pois deixaram de ser vistos com a imposição do artigo 1641, II do Código Civil.⁸

Neste sentido, leciona Ataliba:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos)⁹.

Portanto, qualquer norma que fere princípios constitucionais deve ser revista, editada e se preciso até revogada.

⁸http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁹ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

1. DO IDOSO NA SOCIEDADE E NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Estatuto surgiu para ajudar o idoso, em consenso com as questões fáticas atuais, perante as inúmeras situações de vulnerabilidade social, econômica, cultural, jurídica, entre outras.

O art. 1641, II, do Código Civil de 2002, em vigor, estabelece que as pessoas maiores de 70 anos que contraírem matrimônio, deverão adotar apenas o regime de separação obrigatória de bens. Tendo o melhor entendimento acerca da constitucionalidade dessa norma se faz necessário uma análise em relação ao destinatário - a pessoa maior de setenta anos - dentro da sociedade brasileira e dos instrumentos legais voltados para essa parcela da população.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística ¹⁰, relatou que a população idosa apontou índices de crescimento significativos nas últimas décadas. Atualmente, o número de pessoas com idade igual ou superior a setenta anos está correspondendo a aproximadamente 10 milhões de pessoas, ou seja, 5% da população brasileira. Conforme o próprio IBGE, as projeções mostram que nos próximos quinze anos esse número será maior.

Salienta ainda que o crescimento da quantidade de pessoas nessa faixa etária resulta de alguns aspectos, dentre eles a redução das taxas de natalidade e do aumento da expectativa de vida. A medicina favoreceu de maneira significativa, gerando vários meios contraceptivos e conseqüentemente a redução do número de pessoas mais jovens em relação aos mais velhos.

A medicina alcançou um grande avanço, não só em suas prevenções e que combatem doenças, mas que possibilitaram que as pessoas vivessem melhor. Estes aspectos fazem com que hoje a média de expectativa de vida dos brasileiros seja de aproximadamente setenta e cinco anos, e para as mulheres é ainda maior, oitenta e um anos, segundo pesquisas feitas pelo IBGE o Brasil será o sexto país com a população mais velha do mundo já no ano de 2027.

¹⁰ Os impactos da longevidade. Disponível em: <https://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/noticias-do-setor/500-os-impactos-da-longevidade>>. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

1.1 Participação Efetiva do Idoso na Sociedade

Atualmente os estudos recentes no âmbito social, apresentam o aumento da expectativa de vida dos brasileiros que estão associadas de uma atuação mais intensa dos idosos na sociedade que o aumento da expectativa de vida do brasileiro está acompanhado de uma atuação mais incisiva dos idosos na sociedade. Influenciados por fatores de ordem econômica e/ou emocional, o correto é que as pessoas maiores de 60 anos querem a cada dia participar de atividades e sentirem um membro atuante. Essas mudanças são visualizadas através de sua atuação no mercado de trabalho, na condição de provedores de chefes de família, como consumidores atuantes e como pessoas capazes de constituir novas famílias e ter uma vida sexual ativa.

A titulada pesquisa “Longevidade¹¹: a perspectiva da longevidade e o impacto na sociedade”, conduzida pela Zhuo Consultoria e Giacometti Comunicação apresentou que 14% dos brasileiros com mais de 70 anos que permanecem trabalhando diariamente.

Ao longo das pesquisas ocorridas pode-se analisar com relação as informações dos entrevistados que, depois de certa idade os idosos sentem a necessidade de se reinventarem, e o mercado de trabalho é um meio que permite que isso aconteça. Isso traz uma grande satisfação pessoal, tendo como outro importante fator que colabora para a permanência ou o retorno dos idosos ao mercado de trabalho é a obrigação de ajudar ou até mesmo prover toda uma família.

Com isso na área do consumo, uma pesquisa feita pelo Banco Mundial intitulado “Envelhecendo em um Brasil mais velho¹²” e publicado no ano de 2011 mostra que os idosos brasileiros são responsáveis por 20% do consumo do país. As indústrias apontam o próprio interesse para essa parte da população que precisa de produtos especiais como remédios, alimentos, cuidados médicos e condições especiais para viajar.

¹¹ Longevidade: a perspectiva da longevidade e o impacto na sociedade. Disponível em: <<http://www.bandab.com.br/jornalismo/pesquisa-revela-que-14-dos-brasileiros-com-mais-de-70-anos-continuam-trabalhando/>>. Acesso em: 12 de

¹² Envelhecendo em um país mais velho. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/38171661302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Por fim as transformações significativas também são sentidas no âmbito familiar, com separações e uniões mais frequentemente. O crescimento da expectativa de vida despertou nos idosos sonhos e o desejo de os realizarem, não sendo o limite de idade um empecilho para uma vida amorosa e sexual, tornando-se este um dos elementos deste estudo.

1.2 Direitos Assegurados às Pessoas Idosas

Nos direitos dos idosos a legislação protetiva é recente no Brasil, bem antes da promulgação da CF/88 onde poucos instrumentos foram elaborados pelo Estado no intuito de resguardar os direitos dessas pessoas, com isso as medidas que já existiram não davam direitos aos idosos em virtude da condição de velhice, mas sim como retribuição por um trabalho prestado.

De acordo com Faleiros¹³ (2008) as constituições passadas a Carta Magna de 1988 nada previam em relação aos direitos dos idosos, já que no período Getulista a responsabilidade do Estado era considerada residual, com isso vindo a intervir quando a família e as instituições filantrópicas falhassem no seu dever. Até mesmo em relação à Constituição de 1934, considerava apenas velho aquele que se tornava improdutivo e apenas este tinha direito ao amparo estatal.

Este mesmo autor afirmou que a CF/46 continuou seguindo o modelo familiar e filantrópico da Carta antiga quanto aos deveres do Estado, assim como não abordava os direitos dos idosos que trabalhavam no campo e apenas em 1962 os idosos obtiveram uma aposentadoria por tempos de serviço, independentemente da idade. No entanto, foi no bojo da Constituição de 1967 que ocorreu a previdência social nos casos de velhice, assegurando assistência social, pensões e benefícios para aqueles que contribuíssem.

Aconteceu apenas na década de 70 que o Governo Federal desenvolveu benefícios não contributivos para idosos carentes e aposentadorias rurais além de

¹³ FALEIROS, Vicente de Paula. Direitos da pessoa idosa: sociedade, política e legislação. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os Cidadãos na Carta Cidadã, v.5, out. 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-deestudos/outras-publicacoes/volumev-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.os-cidadaos-na-carta-cidada>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

rendas mensais vitalícias para trabalhadores urbanos ou rurais. Foram estas as primeiras políticas visarem a proteção ao idoso necessitado no Brasil¹⁴.

Esses direitos apenas conseguiram ser realizados com a promulgação da CF/88 que garantiu proteção aos idosos em diversas áreas, como na saúde, previdência e cultura e posteriormente com a edição o Estatuto do Idoso, como será demonstrado em seguida.

1.3 O Casamento e o Regime de Bens

A criação de uma entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro é capaz acontecer de diferentes formas, porém a mais comum é aquela que se forma por meio do casamento. Isto, na compreensão de Filho e Gagliano¹⁵, apresenta natureza jurídica de contrato, tornando-se uma modalidade especial do Direito de Família. Conforme todo contrato, seu meio é o acordo das partes o qual é capaz de constituir o casamento no plano jurídico existencial fazendo com que a manifestação da autoridade seja um ato meramente declaratório da vontade das partes.

Estabelece Tartuce¹⁶ que o casamento é um contrato especial, uma vez que seu objetivo não é essencialmente patrimonial como nos contratos puros. Contém regras próprias de constituição e respeita princípios que não são encontrados no campo contratual, como o da monogamia, da liberdade de escolha e da comunhão plena de vida.

No que refere ao conceito de casamento, diferentes são aqueles trazidos pela doutrina pátria. Filho e Gagliano¹⁷ apontam o casamento é como um contrato especial do Direito de Família, pelo qual dois seres humanos constituem uma sociedade de existência e afeto, por meio do formação de direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos, permitindo dessa forma a realização de sonhos e projetos de vida.

¹⁴ OTTONI, Máximo Alessandro Mendes. A trajetória das políticas públicas de amparo ao idoso no Brasil. Montes Claros: Universidade Estadual De Montes Claros, 2012. Disponível em: < <http://www.ppgds.unimontes.br/index.php/component/edocman/?view=document&id=97&tmpl=component&Itemid=0> >. Acesso em: 12 de nov. de 2018.

¹⁵ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

Já para Lobo¹⁸:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. “[...]”. A liberdade matrimonial é um direito fundamental, apenas limitado hipóteses de impedimento, como o incesto ou a bigamia. O termo casamento abrange, para muitos, o ato constitutivo e, também, a entidade ou instituição que dele se constitui.

De acordo com natureza jurídica e a definição de casamento, é necessário destacar que o Código Civil de 2002 não estabelece uma idade máxima para a realização do casamento, mas fixou o limite de 16 anos para que uma pessoa possa contrair matrimônio conforme artigo 1517, ressalvadas as exceções previstas no devido diploma legal.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Destaca-se ainda os principais efeitos advindos da celebração do matrimônio, que segundo Diniz¹⁹ podem ser de três classes: social, pessoal e patrimonial. A referida autora apresenta como consequências sociais a formação da família matrimonial, o estabelecimento de vínculos de ligação entre cada cônjuge e os parentes do outro além de emancipação do consorte menor de idade.

Farias e Rosenvald ²⁰ estabelecem que um dos efeitos sociais mais fundamentais do casamento é a constituição da família, contudo esta modalidade não se acontece aos demais características que não seguem o mesmo rito. Apresentam ainda a comunhão plena de vida, a atribuição do estado de casado e a presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância da união como efeitos sociais do casamento.

¹⁸ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P.99.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 5v.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

Nessa direção, Gonçalves²¹ descreve o regime de bens:

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

Os regimes de bens são livremente escolhidos pelos nubentes, porém a lei estabelece uma restrição ao princípio da livre escolha e impõe o regime de separação obrigatória de bens nas hipóteses taxativas previstas no art. 1.641 do Código Civil:

- I - Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - Da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010);
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Garante Lobo²² que esse regime de bens “é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses legais, escolhe entre casar ou não casar; se prefere casar, terá que suportar o ônus do regime obrigatório de bens.”.

Na primeira hipótese de imposição desse regime tem como destinatários os indivíduos que contraírem matrimônio sem observar as causas suspensivas para a celebração do casamento. Nessas condições, caso a parte contraia matrimônio, arcará com o ônus da imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Por isso, segundo art. 1531 e incisos, não podem se casar e determinar outro regime de bens, enquanto perdurarem as causas suspensivas: a viúva ou o viúvo quer tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não for feito o inventário e realizada a partilha; a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez, até dez meses depois do início da viuvez ou da dissolução da união; o divorciado, enquanto não for homologada ou decidida a partilha pelo casal; o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto a tutela ou curatela não tiver cessado e não estiverem quitadas as respectivas contas.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 6v. p307.

²² LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A próxima hipótese vem expressa no inciso terceiro e impõe a separação de bens para todos os indivíduos que precisem de autorização judicial para se casar, a exemplo dos menores de dezesseis anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito que não obtiveram o consentimento dos pais. Com isso essa limitação se torna descabida, uma vez que o Estado por meio do Ministério Público e do magistrado velam pelo interesse do menor consentir com o casamento²³.

Por fim a última hipótese de limitação está prevista no inciso segundo - objeto de estudo dessa monografia – impondo que as pessoas maiores de 70 anos que se casarem ficarão submetidas ao regime de separação obrigatória. Destaca-se ainda que no Código Civil de 1916, em seu artigo 218, parágrafo único, esse limite de idade era de 50 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens e somente com a publicação do Código Civil de 2002 esse limite foi igualado entre homens e mulheres, passando para 60 anos. De modo que o limite de se deu por 70 anos, e este somente foi estabelecido no ano de 2010, por meio da Lei 12.344, que alterou a redação do art. 1641 do CC/2002.

Quanto às implicações patrimoniais, cabe esclarecer que esse regime obrigatório não necessita de pacto antenupcial e segue as mesmas regras atinentes à separação convencional de bens, no qual, em regra, todos os bens são incomunicáveis. Já as dívidas também não se comunicam, exceto se contraídas para o benefício da família.²⁴

Sendo outro aspecto importante acerca desse regime é o enunciado na Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, o qual afirma que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. De acordo com Monteiro, essa súmula cria referências aos aquestos e deve ser aplicada com cautela e somente se comprovada o esforço de ambos os cônjuges para a aquisição dos bens.²⁵

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 42. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v.

²⁵ Idem.

2. PARÂMETROS PARA A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O art. 1.641, II, do Código Civil, impõe aos idosos maiores de 70 anos a obrigatoriedade do casamento de regimes de separação total de bens, caso estes contraírem o matrimônio.

Verificaremos os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, relacionando-se com a imposição desse regime às pessoas septuagenárias e, sendo observado se o idoso aos setenta anos de idade é um ser relativamente ou absolutamente incapaz.

Os princípios constitucionais serão conceituados como forma de entendimento. Paulo Bonavides²⁶ diz que: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.

2.1 Princípio da Igualdade

Igualdade²⁷ nada mais é que a ausência de diferença. A igualdade ocorre quando todas as partes estão nas mesmas condições, possuem o mesmo valor ou são interpretadas a partir do mesmo ponto de vista, seja na comparação entre coisas ou pessoas.

Rui Barbosa²⁸ afirma que apesar de iguais na essência, as pessoas de alguma forma guardam particularidades que as diferenciam, razão pela qual devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente na medida de suas desigualdades.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷ <https://www.significados.com.br/igualdade/>. Acesso em: 09 de nov de 2018.

²⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p.26.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

A igualdade adquiriu um importante princípio em relação as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família. Se não haver este princípio não há dignidade do sujeito de direito.

A CF/88²⁹ no art. 5º, está assegurando “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estabelecendo que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade(...)

Defronte a isso, a observância ao princípio da igualdade, é a forma fundamental capaz que se cumpram os fins a que se propõe um Estado Democrático de Direito, sob pena de as normas constitucionais não possuírem eficácia na vida dos cidadãos. A igualdade é um valor diretamente ligado à cidadania.

O processo legal permite o tratamento isonômico e a segurança igualitária a todas as pessoas no âmbito social, uma vez que a ideia de igualdade está associada à de justiça. Segundo Dias³⁰:

atendendo a ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros.

O processo legal da igualdade no sistema jurídico brasileiro, permite Moraes³¹ que a Constituição Federal adote o princípio da igualdade de direitos, no modo que todas as pessoas possuem igualdades de capacidade, ou seja, uma igualdade de alternativas virtuais, motivo pela qual devem ser tratadas de formas iguais perante a lei, conforme os fatores determinados na legislação. Estabelecendo que os

²⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 08 de nov. 2018.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

elementos discriminadores poderão ser adotados, porém deverão ser a serviço de um objetivo para visar o tratamento desigual aos casos desiguais.

Contempla Bulos³² que o princípio da igualdade é via regra de ouro no ordenamento e atua como vetor interpretativo para todas as normas e tem como objetivos essenciais limitar a atuação do legislador, da autoridade pública e do particular.

Tendo com a primeira restrição, o referido autor atenta que esse princípio proíbi o legislador de apresentar normas que garantam a desequiparação dos indivíduos de meio ilegal e contrária ao explanado na CF/88. Já a segunda restrição impede que as autoridades públicas executem ações segregacionistas e que os membros do judiciário profiram decisões com resquícios de desigualdade. A última restrição é voltada para o privado, o qual é proibido praticar atos discriminatórios, racistas e evados de preconceito de qualquer natureza, já que uma vez praticados propicia sua responsabilização no âmbito civil e criminal.

Tavares³³ por meio das condições de Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a solução lógico-jurídica do respeito à igualdade. Na opinião deste constitucionalista deveria haver uma correlação lógica por meio da característica diferencial escolhida e o tratamento desigual a ser descartado, por não se tratar de maneira diversa a qualquer razão de diferença entre as pessoas. Considerando como critério diferenciador, observa-se que este não deverá ter como destinatário em especial um único indivíduo no ato de edição da lei, isto é, com as características de uma única só pessoa não poderão ser o fundamento de um regramento jurídico desigual.

Em seguida, o referido autor explana que nessa solução jurídica deverá ter uma ligação entre o fator discriminatório e a disciplina a ser determinada neste caso, o tratamento desigual deve atender as necessidades daquela desigualdade. Garantindo então que “um mesmo fator pode estar envolvido em um caso justo de discriminação e em violação ao princípio da isonomia, tudo em função da relação entre esse fator verificado e o regime adotado”.³⁴

³² BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³³ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁴ Idem.

Tavares³⁵ apresenta ainda que o último elemento dessa solução é a relevância social do tratamento desigual é afastado a certo grupo.

É preciso saber quando o *discrímen* é relevante, ou seja, quando determinada nota distintiva pode ser utilizada para distinguir juridicamente os homens. Essa aferição se faz a partir não apenas de regras lógicas, mas também dos valores constitucionalmente postos.

Depara-se a igualdade com outros princípios que são também norteadores do Direito de Idoso como o da liberdade e o da dignidade da pessoa humana.

2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio ³⁶ da dignidade da pessoa humana, é uma virtude de todo ser, é um valor em si absoluto, é fundamental para a ordem jurídica, uma vez que o fundamento dos direitos humanos é também a condição imediata para a exploração de todos os outros direitos, dando-se que sua presença na Carta Magna ser uma condição “*sine qua non*” para a eficácia do contrato social, tendo como motivo de este princípio ser fundado no respeito mútuo entre as pessoas.

De acordo com à construção histórica, a dignidade da pessoa humana, tem como conceito comumente atribuída por Immanuel Kant, o prelúdio do princípio da dignidade humana. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos* declara o filósofo:

Age de tal forma que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.³⁷

Tornando-se comprovado que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual e de forma fraterna e todas as pessoas tem um direito legítimo ao respeito de seus próximos, para fortalecer temos outro ponto iniciático do filósofo afirmando que:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa

³⁵ Idem, *ibidem*

³⁶ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

³⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008, p 59-65.

que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade³⁸.

Entende-se como Dignidade da Pessoa Humana o meio ético que liga os valores básicos reconhecidos por uma sociedade. Sendo a base do Ser Humano, pois é do meio da constituição da humanidade autonomia e racionalidade, que apresentam o regime em observação. Não fazendo-se necessário, através disso aponta o vetor que se deve priorizar, sendo então possível uma discussão ética do direito, e para o direito. Transformando-se possível o entendimento e compreender suas razões e objetivos.

Diante disso por mais que não se possa consolidar um conceito absoluto sobre a Dignidade da Pessoa Humana, surge um questionamento que confirma o pensamento clássico grego, presente na lição de Aristóteles³⁹: “a felicidade é o fim do homem”.

Referindo-se que a felicidade é um direito crucial do Ser Humano, e reconhecendo-se de que este é digno, não podendo ignorar a ideia de autonomia. Diante disso partindo-se da noção de felicidade e de autonomia, fica comprovado que é de esfera da pessoa decidir os rumos que dará à sua vida para ser feliz. Afirmando então que não há como se pensar um direito que não se volte para o homem, não reconhecendo um direito que não tenha sua base na Pessoa Humana.

No aspecto financeiro, a Dignidade fica fora do contexto do que realmente é o seu significado, fazendo-se clara a lição de Kant⁴⁰. Diante disso considera-se que “é dever do Estado” realizar, como função positiva, políticas que vão ao encontro da realização da felicidade. Se não enunciar o direito, não deverá dizer que a constituição é cidadã, pois é preciso se criar mecanismos para que esta cidadania seja realizada.

De acordo com a considera autora Berenice Dias:⁴¹

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal

³⁸ Idem.

³⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

⁴⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

⁴¹ DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.63.

fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Verificaremos que no Estado o princípio da dignidade humana não representa apenas um problema em sua atuação, mas constitui uma direção para um processo positivo. Não tendo apenas o Estado o dever de acabar com as práticas e atos que atentem em desfavor a dignidade humana, mas deverão realizar essa dignidade através de atividades ativas, assegurando o mínimo existencial a cada pessoa.

A CF/88 constituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O constituinte, além de conceder dignidade às pessoas, estabeleceu ao poder público o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários à realização de uma vida digna.

A frase “dignidade da pessoa humana”, vem de um conceito complexo, não podendo relacionar a uma possível definição que consiga abranger seus infinitos aspectos de seu exercício na tutela da personalidade humana. Com isso, Freitas Junior, citou Damásio de Jesus, explicando que:

Conquanto não se possa estabelecer conceito absoluto para o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque vazado em conceitos indeterminados, plurissignificativos ou dotados de ampla ambiguidade ou porque a ele poder ser associada toda e qualquer qualidade intrínseca do homem como tal, ou seja, do homem segundo sua própria natureza, é certo ser da condição humana que decorre a necessidade de o Estado afirmar a ordem jurídica respeitante dos valores agregados à ideia (sic) de dignidade da pessoa humana, impondo a todos o dever de abstenção ou de ação capaz de concretizar a absoluta intangibilidade do homem como tal.

Diante disso Tavares⁴², refere o direito à idade como resultado lógico do princípio da dignidade humana, amparando a existência humana até o seu último dia. Garante ainda que esse direito foi reconhecido pela CF/88, em seu art. 230, ao estabelecer que “a família, a sociedade e o Estado têm o exercício de amparar as pessoas idosas, permitindo sua participação na sociedade, presentando sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O aludido autor, ao comentar esse dispositivo constitucional, estabelecendo que:

Ora, decorrência desse posicionamento constitucional está em que os direitos referidos aos idosos não são apenas aqueles indicados expressamente pela norma constitucional do art. 230. São todos aqueles que sejam imprescindíveis para garantir dignidade à vida daqueles que se encontrem na condição de “idosos”. Nessa perspectiva, o direito à velhice coloca-se como direito que há de tutelar-se desde o início da vida do

⁴² TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 599.

indivíduo, pois, como muito bem alertou Paulo Roberto Barbosa Ramos, “a sociedade precisa oferecer esses benefícios desde o início da existência das pessoas, porque se assim não agir estará atentando contra o direito à vida destas, uma vez que se tivessem uma vida com dignidade, desde o princípio, teriam oportunidade de ter uma vida mais longa”.

O princípio fundamental que faz o intérprete da lei entender os direitos das pessoas, além do que está na lei é o princípio da dignidade da pessoa humana. Então, para a maioria dos doutrinadores, a descrita imposição afronta o princípio da dignidade humana. Por isso Carlos Roberto Gonçalves explica que:⁴³ “A imposição do regime da separação legal, nesses casos, é de duvidosa constitucionalidade, por ofender o princípio da dignidade humana”.

Há um grande impacto jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, pois é isso que impede qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, e quanto aos idosos, claramente, não seria diferente.

2.3 Princípio da liberdade

No art. 5, caput e inciso II, da CF/88, o princípio da liberdade vem explícito, onde assegurada a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, além de proteger que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Diante disso, esses dispositivos possuem diversos desdobramentos do direito à liberdade, nos campos econômicos, de expressão de pensamento, de ação profissional, de expressão coletiva e de ação individual.

Pode-se observar que quando uma pessoa constitui uma família, imagina-se que tudo será da forma que deseja, sendo o princípio da liberdade essencial, pois dá a pessoa a total liberdade para se preparar, planejar a formação da família, sem limitação, somente com a própria escolha do casal. Segundo Dimas Messias de Carvalho⁴⁴:

A liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, fundada no afeto, na solidariedade, no companheirismo entre seus membros, descentralizada da figura única do casamento, valoriza o relacionamento afetivo e a felicidade das pessoas.

⁴³ GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Esquematizado, São Paulo, Saraiva, 4. ed., 2017.

⁴⁴ CARVALHO, DIMAS MESSIAS de. Direito das Famílias, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 2017. p 68.

O mais importante para esse princípio é o fato, a vontade de constituírem uma família, sendo como prioridade a felicidade das pessoas. Lobo ⁴⁵ reforça esse entendimento, ao garantir que o princípio da liberdade se atribui ao livre poder de escolha e autonomia para constituir ou extinguir uma entidade familiar, sem qualquer tipo de intervenção.

Autonomia familiar e a intervenção mínima do Estado em sua formação e direção vêm sendo defendida pela maioria da Doutrina, a autonomia familiar e a intervenção mínima do Estado, Filho e Gagliano afirmam que embora as normas de direito de família tenham caráter público, não devem admitir a interferência do Estado nas estruturas familiares da mesma forma como nas interferências nas relações contratuais.

O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. ⁴⁶

Para finalizar, vale ressaltar que qualquer restrição no direito de liberdade na estrutura familiar não poderá prosperar, tendo em vista que atualmente a família não é mais subordinada por normas patrimoniais, e sim à afetividade que os une.

2.4. A incapacidade no Direito Civil

Para começarmos a falar sobre a incapacidade civil, primeiro teremos que definir o que é uma pessoa incapaz.

Pessoas incapazes são as que não estão aptas ao exercício ou gozo de seus direitos. A incapacidade pode ser absoluta ou relativa. São absolutamente incapazes

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte. Saraiva. 2012.

de exercer os atos da vida civil os menores de 16 anos; os que enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. São relativamente incapazes os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; os hébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos⁴⁷.

A capacidade é a base da personalidade, todos os seres humanos possuem a capacidade de direito, e todos são capazes de adquirir direitos e deles gozarem. De outro lado, nem todas as pessoas são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil, que se tornam incapazes de fato.

Quando já conceituada a capacidade, cumpro agora explicar sobre a teoria da incapacidade, devendo ser encarada estritamente, uma vez que o princípio a ser observado expressa que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção. Diante disso, como “toda incapacidade advém de lei, conseqüentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações ao exercício dos direitos provenientes de ato jurídico inter vivos ou causa mortis”⁴⁸. Corrobora com esse entendimento, Gonçalves⁴⁹. Ao afirmar que:

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1º). Há, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

No que tange as espécies de incapacidade, o Código Civil⁵⁰ prevê duas modalidades: a absoluta e a relativa. Nesse sentido, dispõe Gonçalves que a primeira espécie vem prevista no art. 3º e pode ser suprida através da

⁴⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 de nov. 2018

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v. p 168.

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.p 120.

⁵⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018

representação, enquanto que a segunda tem previsão no art. 4º do mesmo diploma e suprida por meio da assistência.

Diniz⁵¹ afirma que a incapacidade será absoluta quando o incapaz for proibido totalmente de praticar o livre exercício do direito, e se assim o fizer, acarretará a nulidade do ato, conforme disposto no Art. 3º do Código Civil.

Apesar dos absolutamente incapazes terem direitos, estão impedidos de exercê-los direta ou pessoalmente, devendo ser representados. Por fim, considerando o caráter excepcional da incapacidade, para caracterizá-la, se faz necessário prova cabal de uma das hipóteses já elencadas, exceto quando aquela for determinada em virtude de critério etário, o qual pode ser facilmente demonstrado.⁵²

Na realidade a capacidade, trata-se de esclarecer que todos tem liberdade para fazer ou não fazer o que quiser, salvo quando a lei determine o contrário. Além do mais Silva esclarece que:⁵³

A extensão dessa liberdade, fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. Se se considerar a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco. Não é esse, porém, o sentido da palavra lei. Como vimos a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa origem, traduzido no ordenamento jurídico.

A realidade é que, o ponto se refere na legalidade do sistema coativo do ordenamento jurídico, desde que a lei, que controle a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa seja legítima. Por isso como o legislativo é formado pelo consenso popular, sistema que é estabelecido em constituição que também é emanada pela soberania do povo, a liberdade não estará comprometida.

A importância dessa liberdade, fica, ainda, na dependência do que se entende por lei, se considerarmos a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional em nada valerá. Não é esse, porém, o sentido da palavra lei.

⁵¹DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁵³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p 235.

O fato é que, a questão se resume na legalidade do sistema coativo do ordenamento jurídico, ou seja, desde que a lei, que obrigue a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa seja legítima. Assim como o legislativo é formado pelo consentimento popular, processo que é estabelecido em constituição que também é emanada pela soberania do povo, a liberdade não estará comprometida.

Diante disso, a liberdade deve ser aquela que coincida com os pressupostos afixados pela Constituição em vigor, já que a mesma é que dá legitimidade a liberdade, harmonizando-se com ela.

3. ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II, DO CC/2002 NAS SEARAS DOUTRINÁRIA, JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

A norma prevista no art. 1641, II, do Código Civil⁵⁴, estabelece o regime de separação absoluta de bens para os casamentos realizados por pessoas maiores de 70 anos, é objeto de severas críticas não apenas pelos doutrinadores brasileiros, mas também pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo.

Diante disso, nos próximos tópicos serão analisados os argumentos a favor e contrários a manutenção desse dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade precípua de verificar a sua constitucionalidade.

3.1 Âmbito Legislativo

A imposição do regime de separação legal de bens, em razão da idade de um dos pares, foi prevista inicialmente no Código Civil de 1916,⁵⁵ em seu art. 258, parágrafo único, inciso II:

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. [...] Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: [...] II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

O dispositivo supracitado estabelece como limite etário para determinação do regime de bens, a idade de 50 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens, sendo consequência o tratamento discriminatório que era dispensado às mulheres à época, na qual apenas eram valorizadas por suas belezas e por seus potenciais para serem “donas do lar”.⁵⁶ Dessa forma, uma mulher maior de 50 anos não seria capaz de despertar o interesse de outro parceiro, porém o homem, sempre valorizado pela virilidade, somente perderia a capacidade de despertar um interesse feminino após os 60 anos.

⁵⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁵⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

Farias e Rosenvald ⁵⁷ também afirmam que o Código de 1916⁵⁸ na época era essencialmente patrimonialista e as pessoas eram tratadas em suas relações jurídicas como um indivíduo de direitos patrimoniais. Assim, foi nesse contexto que o art. 1641 foi elaborado pelo Legislador, visando proteger o patrimônio e não a felicidade conjugal.

Durante os anos, esse dispositivo passou a ser criticado pela sociedade e o legislador, visando diminuir as críticas, acrescentou o art. 45, na Lei 6.515/1977, conhecida como “Lei do Divórcio”, com a seguinte redação:

Art. 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

Entretanto o dispositivo também não foi o suficiente para minimizar as críticas direcionadas ao art. 258, II, já que abrangia apenas as pessoas que já vivessem em união estável por mais de 10 anos ou que já tivessem filhos e decidissem contrair matrimônio.

Diante disso nos anos seguintes, tiveram discussões em torno de um novo Código Civil⁵⁹ foram mais desenvolvidas e o Projeto de Lei Nº 634175 em seu art. 1.669, II, chegou a sugerir que fosse conservado o teor do art. 258, II do Código de 1916. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente instauração de uma nova ordem alinhada com o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o projeto do novo Código Civilista teve que ser revisado.⁶⁰

Como foi demonstrado, durante a vigência do Código Civil de 1916 o regime de separação obrigatória de bens em razão da idade já estava sendo alvo de críticas, destacando-se o entendimento de que a referida norma não havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, àquela época o

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁵⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁵⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁶⁰ VELOSO, Zeno. Regime matrimoniais de bens. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Disponível em: < http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº. 377⁶¹, praticamente extinguindo o regime de bens ora analisado.

Não obstante a propensão à eliminação do mencionado regime de bens do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 reproduziu a norma em seu art. 1.641, inciso II, distinguindo-se do seu antecessor apenas no momento em que estabeleceu um limite único de idade, não importando o sexo: 60 (sessenta) anos. Diante disso, o dito Novo Código Civil respeitou, no mínimo, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, insculpido no art. 5º, I, da Carta Magna. Entretanto, o Código entrou no ordenamento jurídico já em descompasso com os atuais valores da sociedade, consagrados na Constituição de 1988.

Dessa forma, o novo código civil ao menos atentou para o entendimento já consolidado no Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, imediatamente criou uma polêmica quanto à aplicabilidade da Súmula nº. 377 após o ano de 2002.

Para Paulo Lôbo⁶², quando as mudanças dos paradigmas foram expressadas pelo Código Civil de 2002 – do individualismo para a solidariedade social – observa que, ainda assim, o dito novo Código Civil conservou-se forte a presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, desconsiderando a afetividade em alguns momentos. Entre os exemplos de resquícios do patrimonialismo no atual diploma, o autor cita o regime da separação de bens obrigatória em razão da idade, que, em suas palavras, constitui “regra de discutível constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros”.

Elenca também o doutrinador que “a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, que se vinculou entre outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade”. De frente a este entendimento, verificou-se que o regime de separação obrigatória de bens, concebido sob a égide de um sistema essencialmente patrimonialista, não encontra espaço no ordenamento jurídico atual, tendo-se em vista a repersonalização das relações de família.

⁶¹ <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-de-bens-obrigatorio-em-razao-da-idade,47509.html>>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁶² LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24-26.

Para Rolf Madaleno⁶³, a manutenção da regra em comento “representa um inequívoco retrocesso, quando os rigores do regime legal da separação de bens já haviam sido abrandados”. Ressaltando-se o autor que para manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional.

No mesmo sentido, Giselda Hironaka⁶⁴ apresentou-se, sustentando ter sido “um retrocesso do legislador contemporâneo a inclusão das arcaicas regras contidas na legislação de 1916, estas em franca decadência, depois de fortemente modificadas pela Súmula 377 do STF”.

Ressalta-se ainda que a referida regra restritiva é prevista em lei exclusivamente para o casamento. No que se refere à união estável, o Código Civil⁶⁵ não impõe o regime de bens da separação obrigatória em qualquer ocasião, limitando-se a prever, em seu art. art. 1.725, que “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Dessa forma, visualiza-se uma clara desigualdade das entidades, na medida em que a lei civil obriga os maiores de 70 (setenta) anos a se casarem sob o regime da separação de bens, mas não faz nenhuma ressalva quanto à união estável.

Depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o tema voltou a ser debatido no âmbito do Poder Legislativo. Através do Projeto de Lei nº. 108/2007, a Deputada Federal Solange Amaral propôs a alteração do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, para a seguinte redação:

“da pessoa maior de setenta anos”. Nas justificativas, a deputada argumentou que a exigência de que os maiores de sessenta anos teriam, obrigatoriamente, que casar segundo o regime de separação de bens não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

⁶³ MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: **Direito de família e o novo Código Civil**. Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 223.

⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4095>>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁶⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoas maiores de 70 anos.⁶⁶

Percebe-se que a Deputada buscou atender à nova realidade social, salientando a elevação da expectativa média de vida. Contudo acometeu no mesmo erro já anteriormente perpetrado pela lei civil: a ideia de que, a partir de certa idade – escolhida arbitrariamente pelo legislador, frise-se –, a pessoa não mais possui condições de decidir como serão submetidas as relações patrimoniais consequentes do casamento que vier a contrair.

Em 2010, o referido projeto de lei foi convertido na Lei nº. 12.344, alterando a idade a partir da qual é obrigatório o regime de separação de bens para 70 (setenta) anos. No entanto, as críticas que eram feitas à redação anterior do dispositivo subsistem, posto que a alteração do limite de idade em nada corrigiu as ofensas perpetradas pela regra.

3.2. Âmbito Doutrinário

Quanto à constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 a divergência na seara doutrinária. Contudo uma quantidade significativa dos doutrinadores afirma que esse comando é incompatível com a atual Constituição Federal e que essa norma não deveria ter sido recepcionada. Parte de outro lado, alguns doutrinadores tradicionais defendem a constitucionalidade dessa norma afirmando que a intenção do legislador foi proteger os idosos de casamentos interesseiros. Diante disso esses dois posicionamentos serão expostos.

O art. 1.641, inciso II do atual código civil prevê que é, segundo Filho e Gagliano⁶⁷, absurda e inconstitucional. Estes afirmam que não se convenceram com a justificativa do legislador, de que a separação absoluta de bens imposta aos idosos visam protegê-los do famoso “golpe do baú”, ou seja, de casamentos interessados unicamente no patrimônio. Os mesmos autores asseveram que esse dispositivo configura um desrespeito ao princípio da isonomia e estabelece uma forma de interdição parcial do idoso sem o devido processo de interdição – apesar

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

da idade não ser, por si só, um causa de incapacidade. Por fim, concluem “pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal”.

A doutrinadora Dias ⁶⁸ assegura que esse dispositivo desrespeita a vontade dos nubentes e viola diretamente o Estatuto do Idoso. Contudo, mesmo que os nubentes provem seu amor um pelo outro, sua plena higidez mental e até mesmo a ausência de parentes para quem possam deixar os bens após a morte, ainda assim não poderão escolher o regime de bens. Diante disso afirmou que o legislador limitou a capacidade dos idosos de forma aleatória e sem nenhum subsídio probatório, presumindo de forma absoluta a total incapacidade mental para que aqueles possam escolher o regime de bens que regerá seu casamento.

A autora afirma ainda que esse disposto viola o princípio da isonomia, já que não estabelece tal imposição a união estável. Argumenta esse posicionamento expondo que uma regra prejudicial não pode ser estendida a união estável sem expressa previsão legal. Dessa forma, assegura que aos nubentes é mais vantajoso estabelecer uma união informal, pois assim vigorará as regras da comunhão parcial de bens.

Desta Lobo ⁶⁹ compartilhou desse posicionamento ao declarar que o regime de separação legal de bens é um ônus que as pessoas maiores de 70 anos devem suportar caso decidam contrair matrimônio. Para ele, essa previsão “é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”.

Para finalizarmos, destaca-se o entendimento de Farias e Rosenvald ⁷⁰ para os quais o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional por ofender o princípio da dignidade da pessoa humana e reduzir a autonomia da pessoa idosa, além de constrangê-lo socialmente e pessoalmente, estabelecendo uma restrição que a própria Constituição Federal não previu. Afirmando ainda que essa “norma se põe em rota de colisão com o trânsito de intervenção mínima do Estado nas relações de

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

família (também apelidado de Direito de Família mínimo), afrontando a autonomia privada”. Por fim concluem os referidos doutrinadores:

Como se pode notar, ao impor a determinadas pessoas o casamento sob o regime de separação obrigatória (CC, art. 1.641), o legislador estabelece um verdadeiro efeito sancionatório, sob o frágil argumento de proteção de certos interesses matrimoniais. Ora, promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana.

Como toda norma tem que estar de acordo com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico do país, será demonstrado no próximo capítulo os principais princípios e normas que são afrontados com a imposição feita ao maio de 70 anos, inclusive chega a ser de certa forma, uma discriminação.

3.3 Âmbito Jurisprudencial

A demonstração do Poder Legislativo e da maioria da doutrina pela inconstitucionalidade do art. 1641, II, do CC/2002, também se manifesta nesse mesmo sentido o Poder Judiciário através de suas decisões no caso concreto. Cabe evidenciar tal visão no campo jurisprudencial teve início ainda sob a proteção do CC/2016, quando o legislador criou o regime de separação obrigatória de bens.

Tal entendimento pode ser vislumbrado através do acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

STJ - REsp: 736627 PR 2005/0041830-1 Data de Publicação: DJ 01/08/2006 EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na

presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.⁷¹

A Súmula 377, Filho e Gagliano (2014) asseveram que o STF visou evitar o enriquecimento sem causa por parte do marido ou da mulher, permitindo que os bens alcançados pelos esforços comuns do casal pudessem ser comunicados. Afirmaram ainda que a aplicação desse enunciado não transforma o regime de separação em regime de comunhão de bens, uma vez que este possui regras próprias inaplicáveis ao primeiro. Além disso, continua afirmando que um ponto de intersecção não torna os regimes idênticos.

Como se observa, alguns Tribunais brasileiros vêm acolhendo e adotando a tese da inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens fundado no implemento da idade, afastando a aplicação do art. 1.641, II do Código Civil, em consonância com os fundamentos já declinados ao longo desta exposição.

A súmula 377 tem como princípio fundamental a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Isso quer dizer, que os bens já existentes antes do casamento são incomunicáveis, mas os bens adquiridos após o casamento com esforço em comum deverá ser partilhado com o fim da comunhão, devendo levar-se em consideração, que após a separação de fato, os bens adquiridos não mais se comunicam, se comprovada que não se deu na constância do casamento, não se aplicando a súmula 377.

No mesmo sentido, o Conselho da Justiça Federal, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, editou o enunciado nº. 125⁷², que propõe a revogação do dispositivo sob análise, mediante a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 736627 PR 2005/0041830-1. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 11 abril 2006. Disponível em>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

⁷² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado Nº 125 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=%201296>>. Acesso em: 08 de nov. 2018.

Segundo Caio Mario Pereira;⁷³

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça após a vigência da Constituição de 1988, não se apresentou, ao longo dos anos, uníssona quanto à aplicação da tradicional orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fundada no enunciado da Súmula nº 377.

Há divergência na doutrina e na jurisprudência sobre a necessidade de comprovação do esforço em comum dos cônjuges para construção do patrimônio adquirido, após o casamento no regime de separação de bens. Paulo Lobo entende que não há necessidade de comprovação do esforço em comum, “Nas hipóteses de separação legal obrigatória, comunicam-se os aquestos (Súmula 377, do STF), ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento, sem necessidade de provas do esforço em comum”. (2011, p. 357). Não havendo o reconhecimento da divisão de bens na dissolução conjugal quando casados no regime de separação obrigatória de bens, um cônjuge pode se enriquecer em detrimento do outro. Pode acontecer de um cônjuge se beneficiar da colaboração do outro para o exercício de sua atividade profissional ou empresarial. Neste caso é cabível ação de in rem verso, para obter indenização⁷⁴

Conclui-se a partir dos fundamentos expostos e, especificadamente, pelas razões trazidas à baila por doutrinadores da área do Direito de Família, por Desembargadores através de suas decisões em casos concretos e pela manifestação do Poder Legislativo que art. 1641, II, padece de vício de inconstitucionalidade material.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito civil. Volume V. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

⁷⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso buscou analisar a constitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que os casamentos contraídos por pessoas maiores de setenta anos serão obrigatoriamente submetidos ao regime de separação legal de bens, excepcionando, dessa forma, o princípio da livre escolha do regime de bens.

No primeiro capítulo foi feito um breve estudo do objeto dessa norma, ou seja, o idoso maior de setenta anos. Observando-se, através de pesquisas e dados estatísticos que as pessoas maiores de setenta anos representam uma parcela significativa da população brasileira, pela quantidade e atuação crescente na sociedade. Diante disso, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística foram expostos os quais demonstram que a expectativa de vida do brasileiro é superior a setenta anos de idade, com perspectiva de aumento nas próximas décadas.

De outro lado foram apresentados os argumentos favoráveis declaração de inconstitucionalidade do artigo 1641, II, com fundamento na ofensa aos princípios basilares previstos na CF/88, ou seja, a liberdade de ser e de agir; a igualdade entre os indivíduos – independentemente da faixa etária; e ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o qual impede qualquer forma de diminuição do indivíduo, pelo simples fato de ser Humano.

Sendo como o segundo capítulo abordado o princípio da igualdade, compreendido como a qualidade de igual entre os seres humanos. Nessa pesquisa foi apresentado posicionamento de diferentes doutrinadores que garantem que todos os cidadãos possuem igualdade de aptidões e por essa razão têm que ser tratados da mesma forma. No entanto ocorrerá casos concretos em que o legislador elegerá um fator discriminante para igualar os desiguais.

Diante dessas considerações, no segundo capítulo foram estudados o conceito e as principais características dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, todos assegurados no texto constitucional vigente. Parâmetros estes para a análise dos argumentos favoráveis e contrários a

constitucionalidade do regime de separação legal de bens imposto aos nubentes maiores de setenta anos.

Por fim, no terceiro capítulo foi realizada a exposição de vários posicionamentos que defendem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002 em três âmbitos: Poder Judiciário, Poder Legislativo e especialmente pelos doutrinadores civilistas brasileiros. Desta forma obtiveram os fundamentos daqueles que defendem a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, ao qual são submetidas às pessoas maiores de setenta anos. Seguindo com outro argumento exposto junto ao princípio da liberdade que pode ser limitado para proteger a pessoa idosa.

E para finalizar, o regime de separação absoluta de bens que afeta os septuagenários é inconstitucional por desrespeitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso a violação é constatada pela presunção de incapacidade que o legislador determinou para as pessoas maiores de setenta anos, ao proibir que estes escolham livremente seu regime de bens em razão da idade, sem respaldo, científico, moral ou social.

Por todos os fundamentos expostos, conclui-se pela inconstitucionalidade material do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, o qual deve ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando que os nubentes septuagenários possam escolher livremente o regime de bens que norteará os aspectos patrimoniais do casamento.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 108/2007. Altera a redação do inciso II do art. 1641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1FEA0CCD7F1382D1527381F9DDE

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 de nov. 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 08 de nov. 2018.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561840571/recurso-especial-resp-1653890-mg-2017-0030582-1>.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 08 de nov. 2018.

BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, DIMAS MESSIAS de. Direito das Famílias, São Paulo, Saraiva, 5. ed., 2017. p 68.

DIAS, Berenice. Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.63.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Berenice. Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.61-63.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico Universitário. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 49

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v. p 168.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 6v.

FREITAS JR, Roberto Mendes de. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. ISBN 978-85-7308-969-1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1v.p 120.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. Direito Civil Esquematizado, São Paulo, Saraiva, 4. ed., 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e regime de bens. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4095>. Acesso em: 13 de nov. de 2018.

KANT, Immanuel. Fundamentação Da Metafísica Dos Costumes E Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2008

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: Direito de família e o novo Código Civil.Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 223

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 42. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. 2v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito civil. Volume V. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte. Saraiva. 2012.p 157.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.