

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**

RAPHAELA MUNIZ BAPTISTA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO
DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA AS PESSOAS ACIMA DE
SETENTA ANOS DE IDADE**

**GUARAPARI - ES
2018**

RAPHAELA MUNIZ BAPTISTA
FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO
DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA AS PESSOAS ACIMA DE
SETENTA ANOS DE IDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Guarapari, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Mariana Mutiz.

FACULDADES DOCTUM DE GUARAPARI**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO PARA PESSOAS ACIMA DE SETENTA ANOS, elaborado pela aluna Raphaela Muniz Baptista foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Doctum de Guarapari, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Guarapari, _____ de julho 2018.

Prof. Mariana Mutiz
Faculdades Doctum Guarapari
Orientadora

Prof. Wanessa Fortes
Faculdades Doctum Guarapari

Prof. Ricardo Fortes
Faculdades Doctum Guarapari

À meus pais, meus irmãos e toda minha família que sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis e não mediram esforços para que eu pudesse concluir essa etapa.

AGRADECIMENTOS

À Deus por me manter sempre firme, me dando forças para manter minha jornada, a minha mãe Helena Baptista dos Santos, meu pai David Muniz Baptista, minha irmã Angela Baptista dos Santos Pinheiro, meu noivo Jackson Brambati Vieira, ao casal de primos Roseane Rosa da Rocha Baptista, Diógenes Ribeiro Baptista e toda minha família pelo carinho durante a conclusão desse curso.

À minha orientadora e professora Mariana Mutiz de Sá, pela disponibilidade, suporte e dedicação na execução deste trabalho.

À minha professora de direito civil Cristina Celeida Palaoro Gomes, que me despertou para temática.

Aos meus ilustres mestres, Magistradas Olinda Barbosa Bastos Puppim e Fernanda Correa Martins, Defensor Mauro Ferreira, Cristiane Lopes Sarmiento, Isid Ângelo Martins Bissoli e Natalia Vargas Thomé.

Aos meus nobres amigos de sala, em especial Alexandre Araújo Barbosa, Leonardo Souza Braga e Natalia Cecilia Gomes.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA PESSOAS ACIMA DE SETENTA ANOS DE IDADE

Raphaela Muniz Baptista¹

Prof. Mariana Mutiz de Sá²

RESUMO

Este trabalho visa explicar a inconstitucionalidade imposta pelo legislador que determinou aos maiores de setenta anos o regime de separação de bens, a qual o mesmo observa-se apenas a idade de um dos nubentes, não existindo outro critério a ser discutido, independentemente do sexo, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia, o direito de igualdade e a liberdade. A pessoa com idade superior a setenta anos continua possuindo direito e deveres. Essa imposição à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos é uma presunção do legislador a incapacidade ludibriada ao idoso, ferindo os princípios constitucionais. O Código Civil tem como regra geral a liberdade na escolha de regime de bens a qual rege as relações patrimoniais derivadas do casamento, no artigo 1.641, inciso II, código civil, obriga o maior de setenta anos o regime de separação de bens no casamento, restringindo a capacidade civil do idoso, diante disso este trabalho tem como objetivo a possibilidade da modificação do regime obrigatório de separação de bens aos maiores de setenta anos.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; Direito fundamental; Discriminação por idade; Separação; Regime de bens.

¹ Graduando em direito. E-mail:raphaela.m.b@hotmail.com.

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Especialista em Direito Constitucional, Especialista em Direito Público, Advogada, docente de Teoria da Constituição, Direito Constitucional e Processo Constitucional. E-mail:.marymutiz@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Estado tem como obrigação proteger o âmbito familiar, visto que o mesmo é a base da sociedade, conforme disposto no art.226, CF/88. O presente trabalho tem como estudo abordar a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos de idade, limitando a escolha do regime que irá reger o casamento, obrigando o mesmo ao regime de separação de bens, previsto no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

O direito de família visa o matrimônio sob o princípio da afetividade, em regra, no ordenamento jurídico brasileiro, os noivos possuem a liberdade na escolha do regime de bens, podendo escolher a comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e participação final nos aquestos, possuindo também a liberdade de estruturar um próprio regime de bens, por meio do pacto antinupcial, nos limites legais.

As hipóteses trazidas no artigo 1.641 do Código Civil de 2002 obriga o regime de separação de bens no casamento das pessoas que contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; de todos que dependerem para casar, de suprimento judicial. Entre estas hipóteses, iremos analisar no presente trabalho o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos que está disposto neste artigo em seu inciso II.

O tema ora estudado, aborda o posicionamento dos doutrinadores e o idoso na sua atualidade, como também sua capacidade civil. Iremos observar o cuidado em que legislador tomou com os bens dos maiores de setenta anos, o qual não possui um amparo real, afinal na atualidade eles gozam da capacidade civil absoluta, tendo como proteção aos o Estatuto do Idoso.

Assim, no primeiro capítulo deste trabalho iremos discorrer sobre os princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Liberdade e da Autonomia da Vontade, relacionando-os com o tema abordado argumentando a inconstitucionalidade.

No segundo capítulo serão abordados os regimes de bens apontando cada tipo de regime previsto no Código Civil e a possibilidade da modificação do regime de bens, salientando a liberdade dos nubentes quanto a escolha do regime de bens que

será adotado em seu matrimônio, abordando a inconstitucionalidade prevista no inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil. Questionando o método preconceituoso e desigual em virtude da idade superior a setenta anos de um dos nubentes.

Enfim, o terceiro capítulo deste artigo irá apresentar as jurisprudências, projetos de lei e as possibilidades de revogação do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil com base na doutrina.

A presente pesquisa aborda os posicionamentos quanto à inconstitucionalidade do artigo 1.941, II, do Código Civil e sua revogação com fundamento no afronto aos princípios constitucionais, que serão expostos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para efeitos desta pesquisa, entende-se ser adequado explicar sobre a importância e a influência dos princípios constitucionais na interpretação da norma civilista.

Carmen Lúcia Antunes Rocha, ao conceituar sobre os princípios constitucionais disciplina: “O Princípio é o Verbo [...]. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”. (ROCHA, 1999, p. 53).

Os princípios constitucionais são os pilares no ordenamento jurídico, ao conceituar princípio, o ilustre doutrinador CRISAFULLI (1952) dispõe:

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.

Embora não haja a pretensão de esgotar e aprofundar nas diversas questões, é de extrema relevância abordar ainda os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da autonomia da vontade.

O artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

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

É vedado qualquer tipo de discriminação, garantindo uma proteção constitucional a todos.

A Constituição Federal de 1988 é a Lei Maior, devendo todo ordenamento jurídico se basear por ela. Dela é derivado os princípios fundamentais que regulam o ordenamento jurídico. Esses princípios causam uma segurança ao âmbito jurídico, o legislador ao elaborar uma determinada norma, deve interpretar conforme a constituição vigente. Paulo Lôbo aponta que: deve o jurista interpretar o código civil segundo a constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (ainda corre). (LOBÔ, 1999)

Em conformidade com os princípios constitucionais e ainda na intenção de manter os efeitos aos idosos, o Estatuto do Idoso no art. 2º dispõe:

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-se-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.

Nesse mesmo sentido, o art. 10 do mesmo dispõe:

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

Portanto, é vedado a discriminação ao idoso, sendo-lhes assegurados todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana. Sendo o Estado obrigado a assegurar os princípios fundamentais e vedado o mesmo de discriminar o idoso em razão de sua idade.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana está disposto no artigo 1º, inciso III, é um princípio do Estado democrático de direito e tem como função garantir/assegurar ao cidadão seus direitos. O artigo 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988 dispõe:

Ar. 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:
III – a dignidade da pessoa humana.

Este princípio é primordial, sendo um dos pilares mais importantes no ramo do direito, pois está relacionado aos nossos direitos individuais, coletivos, sociais e

deveres, assim como a necessidade do ser humano para uma vida digna, respeitando o cidadão em seus valores pessoais e morais. Nesse sentido, José Afonso da Silva define “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, 2008, p. 105)

O Estado Democrático de Direito, tem a obrigação de garantir aos seus cidadãos os direitos e o bem-estar, cuidando de forma que não sejam violados os direitos fundamentais de cada um, nessa linha de pensamento define o brilhante Plácido e Silva (SILVA, 1967, p. 526) que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação[...].

2.2 Princípio da Igualdade e da Liberdade

O princípio da igualdade, também denominado de Princípio da Isonomia, tem como função tratar todos de maneira igual perante a lei, inibindo intervenção diferenciada as pessoas na mesma situação, estabelecendo o tratamento igualitário, e as pessoas em situações diferentes, sejam tratadas de maneiras desiguais, sendo vedado ao legislador editar normas que afronte o princípio da igualdade, o ilustre Nery comenta sobre tal princípio: Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. (NERY, 1999, p. 42)

Desta feita, independentemente de qualquer característica seja ela por cor, gênero, sexo ou idade deverá o Estado assegurar a todos os indivíduos os mesmos direitos e deveres, sem distinção. É certo que o texto constitucional permite a discriminação positiva, mas não permite a discriminação negativa. Aquela ocorre quando os indivíduos encontram-se em patamares desiguais, sendo desta forma, necessário o Estado os discriminar a fim de proporcionar a estes, políticas públicas para que possam alcançar seus interesses.

A Constituição Federativa Brasileira em seu Regime Democrático de Direito teve o cuidado e a preocupação em proibir a discriminação e resguardar a liberdade e igualdade, conforme previsto no artigo 5º, I da CF:

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

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

O princípio da liberdade assegura aos cidadãos o direito a inviolabilidade sobre sua liberdade de escolhas, ou seja, cada um administra sua vida da forma que desejar, desde que não lesione o direito do outro, nesse caso, a lei restringe a liberdade de acordo com o grau de gravidade. José Afonso da Silva (SILVA, 2008, p. 233) conceitua o princípio da liberdade:

É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Os referidos princípios, tem como função banir a discriminação e garantir o direito de escolha em face de qualquer pessoa, mesmo que em razão da idade, nesse sentido a Rolf se posiciona (MADALENO, 2003, p. 223):

A Lei Maior, que se quer cidadã, democrática e igualitária, de modo exposto 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.

Rolf Madaleno, dispõe sobre o direito à igualdade e liberdade (MADALENO, 2003, p. 223):

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. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade da pessoa humana, diretriz que já vinha sendo preconizada pela Súmula n. 377 do STF, ao ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, como se estivesse tratando da comunhão parcial de bens.

2.3 Princípio da Autonomia da Vontade

Este princípio como é chamado tem como objetivo a autonomia em manifestar a vontade individual de cada um, é a liberdade do indivíduo fazer o que sente vontade, ou seja, o que a pessoa quer fazer, como também a liberdade de não fazer o que não quer, principalmente no Direito de Família, afirma Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2004, p.110):

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.

Portanto, esse princípio nada mais é do que a segurança jurídica da parte poder se manifestar da maneira que desejar, voltado ao inciso em estudo, é a garantia dos nubentes de escolher o regime de bens que melhor lhes couberem, respeitando a autonomia de vontade dos mesmos.

3 DA CAPACIDADE CIVIL E O REGIME DE BENS

O Código Civil de 2002, em regra geral, estabelece que toda pessoa possui capacidade plena, sendo detentora de direitos e deveres, tornando habilitado aos atos da vida civil, podendo a mesma ser limitada, ressalva nos casos previstos em lei decorrendo a incapacidade.

Aos nubentes é necessário escolher o regime de bens que irá definir o patrimônio dos consortes, o Código Civil de 2002, em sua regra geral confere aos nubentes a escolha o melhor regime peculiar, salvo as exceções inconstitucionais, o disposto no art. 1.641, CC, sendo-lhes vedado estipular seus bens que lhes aprouver, conforme o art. 1.639, CC, sendo o inciso II do presente artigo objeto de estudo.

Na dissolução do casamento, seja ela pelo óbito de um dos cônjuges ou por uma sentença transitada em julgado, ocorre a meação, que conforme o nome é a metade do patrimônio do cônjuge que lhe couber decorrido do matrimônio, tornando cada consorte detentor da metade do patrimônio de cada um. Dessa forma, a meação nada mais é do que a metade dos patrimônios/rendimentos comuns em partes iguais.

O que determina o direito a meação dos consortes é o regime de bens por eles adotado, sendo esse direito exclusivo aos regimes que dispõem a comunhão de bens, ocorrendo a mancomunhão, sendo-lhe observado a origem que o bem foi adquirido, de maneira onerosa ou gratuita na constância do matrimônio ou se foi adquirido anteriormente. A meação é um direito irrenunciável, não podendo ser cedido, nem tão pouco penhorado.

3.1 Da capacidade civil

Capacidade e personalidade jurídica, a capacidade civil é idoneidade para alcançar direitos e obrigações, Paulo Nader, vislumbra o conceito de cada uma (NADER, 2013 p. 162):

Não se confundem os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. Impõe-se a distinção, pois enquanto o conceito de personalidade jurídica é absoluto, uma vez que dela ninguém possui graus, a capacidade jurídica é relativa, pois comporta uma variação. Assim, os estrangeiros possuem personalidade jurídica perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, Por exemplo, ocupar cargos públicos, quando privativos de brasileiros.

Todo cidadão, possui capacidade de direitos e deveres, o artigo 1, CC, aduz o princípio de Igualdade, que em concordância com o art. 5º, caput, CF, se estende aos estrangeiros. O douto César Fiuza conceitua capacidade civil como (FIUZA, 2003, p. 111):

Capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações. Esta aptidão pode ser mero potencial ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de direito [...] Se for efetivo teremos a capacidade geral ou plena.

A capacidade possui dois aspectos jurídicos, sendo o primeiro referente a capacidade de adquirir direitos, chamada de: capacidade de direito ou capacidade de gozo, e a segunda é a capacidade de exercer pessoalmente seus direitos, conhecida como capacidade de fato, ou capacidade de exercício. O doutrinador Carvalho em sua obra, conceitua a distinção entre os dois aspectos jurídicos (CARVALHO, 2011, p. 181):

A capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou seu estado de saúde. A capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade e do estado de saúde.

É reconhecido capacidade plena quando a pessoa possui aptidão integral, ou seja, quando a pessoa não possui limitações, nem tão pouco exigências especiais para exercer atos civis. Em regra geral, todo cidadão é detentor de capacidade plena, para que possa atuar nos seus interesses pessoais e satisfazer suas necessidades, porém em casos particulares, pode ocorrer a limitação da capacidade civil ou a revogação da integralidade da capacidade civil. Em relação a capacidade genérica, César Pereira se posiciona (PEREIRA, 2014, p. 223):

A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direitos, fosse negada a capacidade genérica

para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos.

Ainda disciplinando capacidade, Carlos Roberto conceitua sobre a capacidade plena e a capacidade reduzida, subdividindo capacidade (GONÇALVES, 2013, p. 72):

Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade. São, por isso, chamados de “incapazes”. Capacidade não se confunde com legitimação. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações.

3.2 Do regime de bens

O regime de comunhão universal de bens é o regime que abrange todo patrimônio dos consortes, adquiridos antes ou depois do matrimônio, de maneira gratuita ou onerosa, todos os bens passam a ser de ambos consortes, salvo se o bem for passado a um dos cônjuges com a cláusula de incomunicabilidade, conforme o artigo 1.668 do Código Civil, que veda a comunicabilidade do bem advindo por herança, doação ou legado por ocasião do casamento, sendo feito de forma expressa pelo testador ou doador. Nesse caso, em uma possível dissolução o determinado bem não irá compor a partilha de bens, ou seja, ele não fará parte da meação.

No regime de comunhão parcial de bens, o consorte tem direito a meação que abrange os aquestos, sendo os bens advindos na constância do casamento, salvo se o bem advindo na constância do matrimônio possua a cláusula de incomunicabilidade, como citado acima.

O regime de separação de bens, de forma obrigatória está previstos no artigo 1.641, CC/02, que dispõe os casos em que a lei engessa a liberdade de escolha do regime de bens, o direito de meação também ocorre nos bens advindos na constância do matrimônio, em razão da Súmula 377 do STF.

O regime de participação final nos aquestos só haverá o direito de meação em relação ao patrimônio amealhado durante a vigência do matrimônio. Na vigência da sociedade conjugal os bens adquiridos no nome do consorte, não está sujeito meação e sim a compensação. Enfim, o regime de separação convencional, é o regime em que os bens dos consortes não se comunicam, não existindo o direito de meação entre os consortes.

A inércia na escolha do regime de bens aos nubentes, como de praxe é definido o de comunhão parcial de bens. Os nubentes podem escolher o regime de bens e dele transforma-lo em algo peculiar, exemplo disso é o pacto antinupcial, de outro modo se faz a escolha de um regime ao patrimônio geral e outro regime a um certo bem, como, por exemplo, o regime de bens escolhido pelos nubentes é o regime de comunhão parcial, sendo-lhe possível a escolha do regime de separação quanto a um determinado bem que poderá ser presente ou futuro. Do mesmo modo, os nubentes poderão escolher um regime que irá reger seu matrimônio por determinado prazo, que poderá ser por estipulado ou até mesmo um fato incerto (um descendente), e após esse prazo os mesmos poderão alterá-lo para um outro regime de bens.

O brilhante Rolf Madaleno, em sua doutrina aduz até mesmo um novo regime chamado de Regime da Comunhão Proporcional dos Bens, na qual o patrimônio dos consortes será proporcional aos ganhos de cada cônjuge. (MADALENO, 2003, p. 218).

3.2.1 Do regime de bens dos idosos

O artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
II - da pessoa maior de sessenta anos;

A obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, é uma exceção a regra, prevista no art. 1.641, inciso II, CC/02, pertinência da temática.

No Código Civil de 1916, existia um dispositivo, onde era imposto o regime de separação de bens aos homens com idade sessenta anos e às mulheres com cinquenta anos. Com a alteração do Código Civil 2002, o legislador permaneceu com essa limitação, porém com idade de sessenta anos para ambos os sexos. Em 2010 a Lei nº 12.344 de 09/12/2010 que alterou a idade aumentando de sessenta anos para setenta anos, impondo o regime de separação de bens aos nubentes, mantendo a mesma idade para os homens e mulheres, conforme o princípio da Isonomia.

O legislador, justificou essa imposição, alegando ser uma “proteção” ao patrimônio do nubente de um possível casamento por interesse, o que também, de fato pode ocorrer o interesse econômico em qualquer idade. Ocorre que essa imposição é desrespeitosa e preconceituosa.

Diante disso, existem duas correntes em relação a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de setenta anos. A corrente minoritária é favorável a imposição do regime de separação de bens, aos maiores de setenta anos, como Regina Beatriz Tavares da Silva, Silvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro. Esses doutrinadores defendem a imposição do Estado, alegando ser constitucional por entender que essa imposição é uma proteção.

Dessa maneira, Silvio Rodrigues disciplina (RODRIGUES, 2004, p. 143):

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

A corrente majoritária é favorável a inconstitucionalidade prevista no inciso II, do art. 1.641, CC/02, alegando o afronto ao princípio da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana e da isonomia, entre os doutrinadores temos: Caio Marinho da Silva. Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Silvio Rodrigues e Paulo Lobô.

Paulo Lobô disciplina sobre a inconstitucionalidade (LOBÔ, 2011, p. 326):

[...] Essa hipótese é atentatória ao 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.

Além dessa imposição ser inconstitucional, a mesma também não encontra amparo legal para se manter em vigor, nem tão pouco motivo para se manter em vigor, de outro modo, o consorte mesmo contraindo o matrimônio com o regime de separação de bens, poderá fazer uma doação em favor do outro consorte, embasado no princípio da livre disposição de Bens.

Parte da doutrina dispõe sobre o afronto ao princípio da liberdade e igualdade no art. 1.641, II, CC, não sendo de praxe engessar a liberdade dos nubentes na escolha do regime, discriminando apenas pela idade de um dos nubentes, visto que o direito de família tem como função proteger a afetividade familiar, sempre acompanhando os costumes do Estado.

Maria Berenice Dias, disciplina sobre a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos (DIAS, 2005, p. 233):

Trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais a quem desobedece ao conselho legal.

O caso em tela além de afrontar os três princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade, também fere o estatuto do idoso, engessando o maior de setenta anos na sua escolha no regime de bens, discriminando-o em razão da idade de um dos nubentes, não havendo o que se falar em resguardo ao idoso e sim uma restrição ao mesmo.

O ilustre Gonçalves se posiciona de forma desfavorável a redução de capacidade imposta pelo legislador, incapacidade não é decorrente de idade, mas sim do estado mental, defende que limitação da capacidade civil não pode ser motivada pela velhice, salvo nos casos decorrentes de doenças prejudiciais ao estado patológico, limitando a capacidade do mesmo em cuidar de seu patrimônio ou de si próprio (GONÇALVES, 2003, p. 75).

A Organização Mundial de Saúde, ao realizar uma pesquisa, aferiu que o Brasil até 2025, será o sexto país com maior número de pessoas idosas, sendo aproximadamente 34 milhões de idosos. Em 2050 os idosos ocuparam 1/5 da população mundial, sendo 1/3 dos idosos advindos dos países desenvolvidos (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 01).

A proteção ao idoso, deu-se com a Lei 8.842/1994, em 04/01/1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, garantindo os direitos dos idosos incentivando a autonomia, buscando a participação e integração do idoso na sociedade. O Estatuto do Idoso estabelece as medidas necessárias para assegurar os direitos e vedar preconceito em razão da idade.

Diante do aumento populacional de idosos septuagenários é necessário introduzir esse grupo no meio social, dando autonomia para que os mesmos possam exercer sua cidadania, suprindo suas necessidades em conformidade com seus direitos naturais.

Portanto, o regime de bens adotado pelo Código Civil de 2002 para os maiores de setenta anos, com o propósito de proteger o idoso e seu patrimônio de um possível “golpe” na prática não funciona bem assim, como já visto acima.

O Código Civil tem como função o bem-estar no âmbito familiar, sendo-lhe utilizado o princípio da afetividade, e não tão somente no patrimônio de um dos

cônjuges. De forma que o maior de setenta anos, adquira o matrimônio com o regime admitido na separação de bens, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, determina a mesma regra do regime de comunhão parcial, sendo assim, os bens advindos na constância do matrimônio possui comunicabilidade, mesmo que na escolha no regime de bens seja escolhido ou determinado o de separação obrigatória. Essa imposição é um afronto ao princípio da isonomia, amparado pela Constituição.

Dispõe a Súmula 377 do Egrégio Superior Tribunal de Federal “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”, A Súmula editada pela Supremo Tribunal Federal 377 se posiciona de forma não favorável a separação de bens obrigatória. Em virtude disso a mesma determina a comunicabilidade aos bens adquiridos na constância do matrimônio, o que também se impede o locupletamento ilícito de um cônjuge ao outro.

Nesse sentido dispõe Silvio de Salvo, (VENOSA 2003, p. 176/177):

A jurisprudência, no entanto, procurou abrandar iniquidades em casos concretos trazidos pelo texto objetivo da lei, como apontamos. A maioria dos casamentos realizados sob o regime da separação legal é de jovens que amealham seu patrimônio no curso do casamento. Seria injusto, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos pelo esforço comum. A intenção do legislador, porém, não foi essa. A idéia, todavia, é de que, mesmo se casando sob o regime da separação, durante o casamento estabelece-se uma sociedade de fato entre os esposos, e os bens são adquiridos pelo esforço comum. A discussão dessa matéria nos tribunais redundou na Súmula 377 do STF: “*No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*” Não entendamos, contudo, que a questão se encontra isenta de discussões. A súmula não ressalva que os bens que se comunicam são os comprovadamente decorrentes do esforço comum. Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência. Nova discussão sobre a matéria será aberta, doravante, com o novo Código. Acreditamos, embora seja um mero vaticínio, que mesmo perante o novo Código, será mantida a orientação sumulada, mormente porque, como vimos, o texto final de novo diploma suprimiu a disposição peremptória.

Ainda na mesma linha de raciocínio, o maior de setenta anos, continua com seus direitos e obrigações, sendo detentor de sua capacidade absoluta, podendo dispor de seus bens, e é engessado a escolha do regime que irá reger seu matrimônio, Caio Mário da Silva Pereira aduz (PEREIRA, 2007, p. 265) que:

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, porque não se deve considerar equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade. Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. Em tal caso, a incapacidade será o resultado do estado psíquico, e não da velhice.

Em concordância, Paulo Lôbo, discorre (LÔBO, 2010, p. 124):

A idade avançada não é por si deficiência ou enfermidade mental. A pessoa pode viver muito tempo como idosa, sem qualquer comprometimento de sua higidez mental. Todos os órgãos da pessoa, inclusive o cérebro, sofrem mutações com o passar dos anos, reduzindo-se as habilidades antes desenvolvidas. Mas essa circunstância natural não é suficiente para suprimir ou reduzir a capacidade de exercício da pessoa, se permanece nela a faculdade de discernir.

O Estatuto do idoso tem a função de proteger o idoso e não diminuir sua capacidade civil, o fato de ser maior de setenta anos não é encaixado as hipóteses de incapacidade civil.

Ainda no antigo código civil, após a Constituição Federal 1988, e nessa mesma linha de raciocínio o Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou:

CIVIL - MATRIMÔNIO - COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS - ART. 258 DO CC - ART. 5º, INCISO I, DA CR. Com o advento da norma ínsita no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República, que define a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, não resta dúvida de que a proibição contida no artigo 258, parágrafo único, inciso II, do CC, relativamente à mulher, se igualou, no mínimo, àquela definida para o homem, ou seja, somente após os sessenta anos de idade completos é que ficaria a nubente proibida de contrair matrimônio, em regime de comunhão universal de bens. Recurso desprovido.

4 DA POSSIBILIDADE DA REVOGAÇÃO DO INCISO II DO ARTIGO 1.641 DO CÓDIGO CIVIL POR INCONSTITUCIONALIDADE

Diante da temática, os poderes Judiciário e Legislativo, também vem se mostrando a inconstitucionalidade ao artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, como pode-se analisar.

4.1 Legislação e jurisprudências

As jurisprudências que se expressam contrárias ao inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, são as majoritárias, conforme apresentadas:

4.1.1 Jurisprudência Apelação Cível

Trata-se de uma Apelação, interposta pela herdeira em desfavor da sentença que determina o cumprimento e registro do testamento deixado pelo cujus para a cônjuge supérstite, o regime dos cônjuges era de separação de bens, a apelante alega ser herdeira legítima e que o testamento seria nulo, requerendo a totalidade na herança. A Desembargadora não deu provimento ao recurso, visto que, somente é

proibido a doação aos consortes no Pacto Antinupcial, conformando sentença proferida. Conforme transcrito:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO. CASAMENTO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SEXAGENÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O Código Civil de 1916 não privou o cônjuge senil de estipular uma doação de bens na constância do casamento submetido ao regime da separação obrigatória em favor do outro consorte, sendo esta restrição exclusiva ao pacto antenupcial. Não havendo irregularidade formal que invalide o testamento, deve ser confirmada a sentença que determinou a abertura, o registro e o cumprimento do testamento. Recurso conhecido mas não provido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.255352-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE (S): LÚCIA MARIA ROSSI LUZ FRANCO - APELADO (A)(S): MARIA ROSA ARANTES LUZ.

4.1.2 Jurisprudência Apelação

Trata-se de uma Apelação interposta no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais pelo cônjuge supérstite em desfavor da decisão julgada procedente ao espólio do cujus representado pelo inventariante, em decorrência das doações feitas pelo cujus a sua cônjuge supérstite, considerando o presente nulo. A Desembargadora e relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, deu provimento a apelação, justificando que é vedado a doação ao consorte jovem, quando se tem como objetivo a vantagem econômica. Sendo unânime o provimento.

EMENTA “ANULAÇÃO DE DOAÇÃO - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CONJUGÉ SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0491.04.911594- 3/001 - COMARCA DE PEDRALVA - APELANTE(S): MARIA DE LOURDES BATISTA FREITAS - APELADO(A)(S): JOSE FERNANDES DE FREITAS ESPÓLIO DE, REPDO P/INVTE CLAUDIMIR FERNANDES FARIA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

4.2 Possibilidades de Revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil

Embasada na Constituição Federal Brasileira que é Lei Maior e na súmula 377 do STF que converteu o regime de separação de bens ao regime de comunhão parcial de bens, que rege ao patrimônio a comunicabilidade aos bens adquiridos na constância do matrimônio ao cônjuge. Diante disso, para obter uma segurança jurídica

é necessário a revogação do inciso II do art. 1.641,CC que faz-se defeso ao maior de setenta anos a liberdade de escolha do regime de bens, apenas pela discriminação da idade de um dos nubentes.

O casamento tem natureza contratual, a qual os noivos manifestam sua autonomia de vontade na escolha do regime, a função desse princípio é a autodeterminação pessoal para contratar o que desejar, não podendo ser engessado pelo simples fato do indivíduo possuir idade superior a setenta anos.

Dessa forma Luiz Roberto Barroso conceitua (BARROSO, 2010, p. 24):

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de *autodeterminação*, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.

Assim como o art. 10, § 2º do Estatuto do Idoso garante a autonomia de vontade “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. ”

A obrigatoriedade do regime de separação de bens é uma exceção, em regra, todos possuem liberdade para escolha do regime de bens, é notório que a autonomia da vontade vem se fazendo mais presente, facilitando a autodeterminação pessoal.

Ainda nesse sentido o Estatuto do Idoso dispõe: “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. ”

Maria Berenice Dias, aduz que (DIAS, 2015, p. 47):

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo seu dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230)

Dessa forma, a norma civil estudada, fere o princípio da isonomia, vez que possui um tratamento desigual dos maiores de setenta anos a aos mais jovens e o princípio da liberdade quando restringe a liberdade de escolha do regime que irá reger o matrimônio do idoso.

A justificativa em engessar essa liberdade, afim de resguardar o patrimônio do idoso não é plausível e sim uma discriminação, é um ato inconstitucional, visto que o

mesmo já possui este cuidado especial legislado pelo estatuto do idoso, resguardando-se também o Estado ao legislar sobre o benefício previdenciário quanto aos requisitos necessários para que o cônjuge sobrevivente ingresse com a pensão por morte, conforme dispõe o artigo 77, § 2º, V, c, da Lei 8.213/91

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

(...)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos dois (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

- 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
 - 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
 - 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
 - 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
 - 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
 - 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.
- (...)

Ao restringir a escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos, em razão da idade, o legislador reduziu a capacidade dos mesmos ao determinar a separação obrigatória de bens em razão da idade, dando tratamento desigual a os idosos maiores de setenta anos perante os mais jovens, o que afronta os princípios constitucionais, ferindo a dignidade da pessoa humana. Afinal o idoso acima de setenta anos está apto a todos os atos da vida civil.

Ocorre que ao adquirir capacidade plena, ou seja, o maior de dezoito anos que possui todas as suas faculdades mentais, o mesmo não terá sua capacidade reduzida em razão da idade. Essa redução de capacidade não pode ser deferida apenas pela idade, é necessário que se faça um estudo com peritos aptos por determinação judicial, ingressando com ação de interdição. César Fiúza doutrina sobre interdição: [...] é o processo pelo qual pessoa capaz é declarada incapaz. (FIUZA, 2014, p. 162)

Dessa Forma conclui-se que o que levou o legislador a vedar a liberdade de escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos é uma discriminação por idade o que é vedado pela Constituição, sendo assim é um inciso inconstitucional, não somente pela discriminação por idade, mas também por ser divergente aos princípios fundamentais constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade. Faz-se a revogação do inciso II, do artigo 1.641, CC com amparo constitucional, trazendo segurança jurídica ao Estado de Direito Democrático, harmonizando a legislação infraconstitucional.

Enfim, com a vigência da Súmula 377 STF, praticamente ocorre a revogação do regime de separação de bens, agora não apenas aos idosos por se tratar de matéria inconstitucional, mas abrange também aos outros nubentes.

5 METODOLOGIA OU PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho abordou como metodologia aplicada e descritiva, com a finalidade de revolver o problema concreto na prática, Triviños disciplina que "os estudos descritivos exigem do investigador, para que a pesquisa tenha certo grau de validade científica, uma precisa delimitação de técnicas, métodos, modelos e teorias que orientarão a coleta e interpretação dos dados" (TRIVIÑOS, 1987, p. 112), sendo bibliográfica, realizada através de uma análise crítica, tendo como fonte de consulta uma variedade na doutrina pertinente à temática em estudo, tais como: realizar a revisão de literatura sobre a aplicação da lei na sociedade, aos quais possibilitou a fundamentação deste trabalho.

Fonseca, conceitua a pesquisa bibliográfica como:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

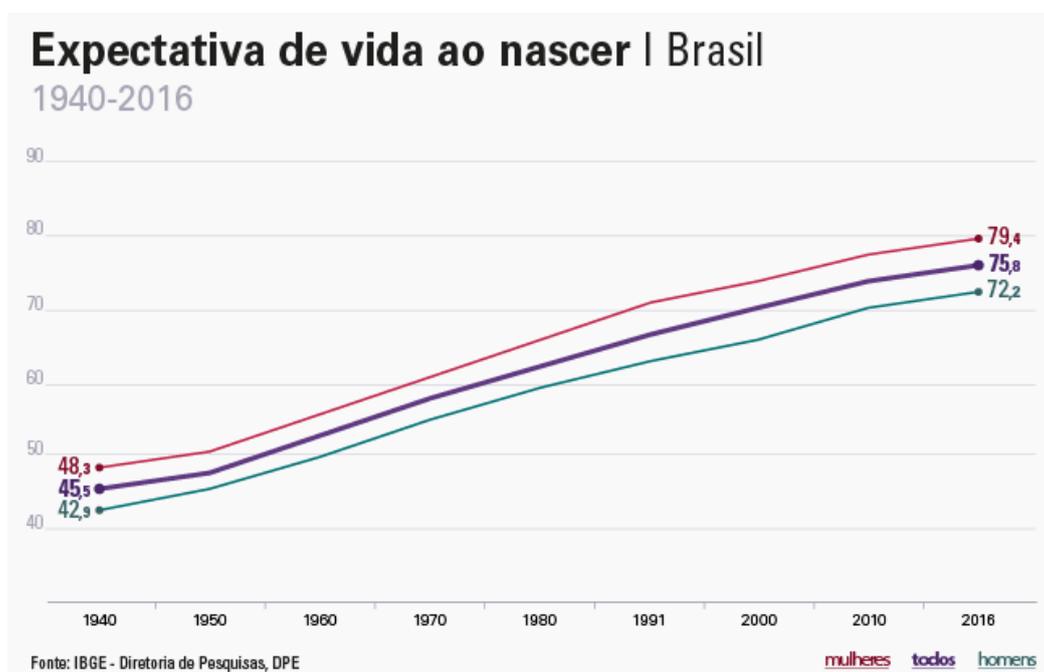
O estudo é feito com objetivo de apontar a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil que obriga aos nubentes maiores de setenta anos o regime de separação de bens. Tendo o objetivo específico demonstrar o desrespeito ao idoso e o quanto é detentor de direitos e garantias na Constituição Federal e Estatuto do Idoso.

Este trabalho visa explicar o afronto aos princípios constitucionais que são pilares do direito, descrevendo cada um que foi infringido em decorrência do inciso estudado. Logo após foi discorrido os regimes de bens, e quanto a possibilidade de modificação do regime de bens escolhido, como também, a obrigatoriedade do regime de bens no casamento do maior de setenta anos e demonstrando a ineficácia desse inciso. Por fim, para defender esse posicionamento foi abordado jurisprudências, projetos de lei e doutrina para que seja revogado o inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil.

Esse tema foi escolhido para que se possa discutir quanto ao desrespeito, a desigualdade e a discriminação ao nubente maior de setenta anos, sendo-lhe engessando a liberdade de escolha do regime de bens que irá reger seu matrimônio. Saliendo um problema na atualidade e futuramente, visto que o critério utilizado é em razão da idade e o aumento da perspectiva de vida do idoso capaz.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Abaixo, está exposto os dados do estudo, em dezembro de 2017, através do gráfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quanto ao aumento na expectativa de vida dos brasileiros.³



O exposto gráfico mostra o aumento da perspectiva de vida dos brasileiros, que vem aumentando de 1940 a 2016 a longevidade, subindo 75,8 anos. Sendo a expectativa de vida para as mulheres 79,4 anos, para os homens 72,9 anos e para todos 75,8 anos, sendo assim, a população de idosos vem crescendo aceleradamente no Brasil.

³ BRASIL, IBGE 2017

Portanto, torna-se necessário diligenciar quanto a revogação do inciso II, artigo 1.641 do Código Civil em que o Estado veda a escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos e obriga o regime de separação de bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CONCLUSÃO

Tomando por base a temática, este trabalho teve como objetivo, desenvolver estudo sobre a obrigatoriedade no regime de separação de bens, aos maiores de setenta anos, estabelecido no inciso II, do artigo 1.641 do código Civil de 2002, abordando a aplicação da lei na prática.

Foi objeto desse trabalho, mostrar o aumento da população mundial dos idosos, sendo estimado que o Brasil seja o sexto país com o número maior de idosos residindo, diante desse fato, a introdução do idoso na sociedade, dando-lhe mais autonomia.

A restrição a Liberdade na escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos fere o princípio constitucional a liberdade, afinal uma pessoa acima de setenta anos continua com sua capacidade absoluta, nesse sentido o brilhante doutrinador Paulo Lôbo segue esse raciocínio em que essa exceção fere o princípio constitucional, pois reduz a autonomia do maior de setenta anos ao restringir a liberdade ao contrair matrimônio, totalmente contrário a Constituição.⁴

É uma síntese do estudo realizado. Deverá ser breve e tomar por objetivo a recapitulação, de forma resumida, dos resultados da pesquisa, dos objetivos e das metas atingidas. Deve conter um balanço do autor sobre as questões levantadas para a pesquisa e identificadas durante o seu desenvolvimento. O autor pode ainda manifestar o seu ponto de vista sobre os resultados obtidos, sobre o alcance dos mesmos (SEVERINO, 2002, p. 83). É aí que aparecem claramente a validação ou não das hipóteses de trabalho e a verificação dos ganhos reais da pesquisa em todos os seus aspectos.

A restrição a Liberdade na escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos fere o princípio constitucional a liberdade, afinal uma pessoa acima de setenta anos continua com sua capacidade absoluta, nesse sentido o brilhante doutrinador Paulo Lôbo segue esse raciocínio em que essa exceção fere o princípio constitucional, pois reduz a autonomia do maior de setenta anos ao restringir a liberdade ao contrair matrimônio, totalmente contrário a Constituição. LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326.

A Conclusão nada prova, apenas diz resumidamente o que foi descoberto. Disso decorre, também, que não se devem fazer citações ou notas de rodapé, pois não é mais fundamentação. É importante frisar que conclusão ou considerações finais são sinônimos, ou seja, a mesma coisa, sendo desnecessário criar seções diferentes para conclusão ou considerações finais. O aluno deve adotar a nomenclatura que achar conveniente.

Um ponto essencial para a reflexão quanto a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil é o recém-criado Estatuto do Deficiente, que passou a considerar o deficiente sob o ponto de vista social e menos pelo médico. A consequência foi uma reformulação na teoria da incapacidade apresentada no Código Civil de 2002, trazendo assim 55 uma autonomia maior no campo da capacidade civil, do que aquela que era permitida antes aos deficientes. A meu ver essa mudança tem um caráter justo e humanitário, uma vez que corrige a crueldade de se considerar alguém incapaz em razão de uma limitação que possuía e que não a tornava inábil para responder ou opinar sobre sua própria vida.

Diante do presente estudo, corrente majoritária é favor da inconstitucionalidade a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos.

The unconstitutionality of the mandatory separation regime for people over seventy years of age

Raphaela Muniz Baptista
Mariana Mutiz

ABSTRACT

The purpose of this paper is to explain the unconstitutionality imposed by the legislator, which determined the separation of assets to the over seventy years, which is observed only the age of one of the neighbors, and there is no other criterion to be discussed, regardless of gender, violating the constitutional principle of the dignity of the human person, the principle of isonomy, the right to equality and freedom. A person over the age of seventy continues to have rights and duties. This imposition at the choice of the regime of goods to the over seventy years is a presumption of the legislator the incapacity deceived to the elderly, violating the constitutional principles. The Civil Code has as general rule the freedom in the choice of property regime which governs the patrimonial relations derived from marriage, in article 1,641, item II, civil code, requires the over seventy years the regime of separation of assets in marriage, restricting the civil capacity of the elderly, the purpose of this work is the possibility of modifying the mandatory regime of separation of assets to the over seventy years.

Keywords: Unconstitutionality; Fundamental right; Discrimination by age; Separation; Property regime.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Pérola Melissa. Direito do idoso: de acordo com o estatuto do idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. Planalto. Código Civil 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 mai.2018.

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e da outras providências. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/idosolei8842.htm>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Planalto. Lei n. 10.741 de 1 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.344 de 09 de dezembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm#art1. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. STJ – Superior Tribunal de Justiça. Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável. STJ Notícias. Dez. 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3riapara-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel. Acesso em: 20 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Acesso em: 02 jun., 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0491.04.911594-3/001. Ementa: [...] Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais, MG, 29 mar. 2005. DJ de 29.04.2005

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70040404667. Ementa: [...] Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, RS, 04 mar. 2011. DJ de 24.02.2011. Disponível em: . Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70056019730. Ementa: [...] Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, RS, 18.12.2013. DJ de 21.01.2014. Disponível em: . Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Disponível em: Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0000.00.243087-4/000. Belo Horizonte – MG, 18 set., 2002. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade nº. 2010107802. Aracaju – SE, 17 nov., 2010. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numacordao=201011738>>. Acesso em: 05 jun. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0000.00.243087-4/000. Belo Horizonte – MG, 18 set., 2002. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=10&totalLinhas=17&paginaNumero=10&linhasPorPagina=1&palavras=regime%20bens&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaRelator=2-2106201&dataPublicacaoInicial=01/01/2002&dataPublicacaoFinal=31/12/2002&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastra%20das...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 02 jun., 2018.

CARVALHO, Marco Cesar de; ALVARENGA, Fabiana Cristina da Silveira. A discriminatória aposentadoria compulsória por idade no Brasil. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social, Minas Gerais*, v. 1, n. 2, p. 249-280, jul/dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2015.v1i1.458>. Acesso em: 21 mai. 2018

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. O idoso e o direito de família. Disponível em: <<http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo007.html>>. Acesso em: 15 mai., 2018.

CAVALCANTI, Amanda Maria de Moraes. A inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório em razão da idade. Disponível em: . Acesso em: 21 mai. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2011.

CRISAFULLI, 1952 – *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*.

DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 10º ed., 2015

FIÚZA, César. Direito Civil; curso completo. 17 ed. São Paulo: RT, Belo Horizonte, 2014.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Direitos e Garantias do Idoso, 03, Ed. São Paulo Atlas, 2015, pág. 01.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002

GARCIA, Edinês Maria Sormani. Direito de família: princípio da dignidade da pessoa humana. Porto alegre: LED, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Parte geral, São Paulo, Saraiva, ano 2003, Vol.01

IBGE. Expectativa de vida do brasileiro. Disponível em:
<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html>>
Acesso em: 08 mai., 2018.

LÔBO, Paulo. Direito civil: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito Civil, Famílias. 04. Ed. São Paulo Saraiva, ano 2011. vol. 04

LÔBO, Paulo Luiz Netto, Constitucionalização do Direito Civil,
em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 08 mai., 2018.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) Direito de Família e o Novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

MADALENO, Rolf Madaleno, A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos, Ano 2011.

NERY JÚNIOR, Nélon. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 22ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007. v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado): Universidade Federal do Paraná, Programa de pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. Princípios fundamentais norteadores para o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito De Família. 28. Ed. São Paulo, Saraiva, Ano 2004. pág. 143. vol. 6
Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

SÍLVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil - Direito de Família*, 3ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A., 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30, Ed. Revista e atual, São Paulo: Medialheiros, ano 2008.

SILVA, Plácido e. Vocabulário Jurídico. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967

Supremo Tribunal Federal. Súmula nº. 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0377.htm>. Acesso em: 02 jun. 2018

Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0491.04.911594-3/001. Ementa: [...] Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais, MG, 29 mar. 2005. DJ de 29.04.2005. Disponível em: Acesso em: 05 jun. 2018.

TRIVIÑOS, A. N. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987