

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

Smyrna Renata Cordeiro Medeiros¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo acadêmico tem como enfoque principal analisar a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, ao impor o regime de separação obrigatória de bens às pessoas que contraem matrimônio com idade superior a 70 anos. Para possibilitar uma melhor compreensão acerca do assunto, cumpre-se estudar, mesmo que de forma breve, a evolução histórica do regime de bens, os princípios norteadores e os relacionados com o regime de bens, exceções a aplicação do regime de separação obrigatória de bens e a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens. Esses questionamentos foram realizados através do método dedutivo, com estudo de leis, doutrina e jurisprudência para avaliar a inconstitucionalidade de um dispositivo que tem por um lado um escopo de proteger os idosos e por outro, limitar a liberdade de escolha dos maiores de 70 anos, retirando-lhes a autodeterminação.

Palavras-chave: Regime de Separação Obrigatória de Bens. Idosos. Inconstitucionalidade.

THE INCONSTITUTIONALITY OF THE MANDATORY REGIME OF SEPARATION OF GOODS TO PEOPLE OVER 70 YEARS

ABSTRACT

The main objective of this academic article is to analyze the unconstitutionality of article 1.641, II, of the Civil Code, by imposing the regime of compulsory separation of assets for those who marry older than 70 years. In order to provide a better understanding of the subject, it is necessary to study, even briefly, the historical evolution of the regime of goods, guiding principles and those related to

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: smyrnamedeiros@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

the regime of goods, exceptions to the application of the regime of obligatory separation of goods and the unconstitutionality of the regime of compulsory separation of assets. These questions were made through the deductive method, with study of laws, doctrine and jurisprudence to evaluate the unconstitutionality of a device that has on one hand a scope to protect the elderly and, on the other, to limit the freedom of choice of those over 70, withdrawing their self-determination.

Keywords: Compulsory Separation of Goods. Seniors. Unconstitutionality

1 INTRODUÇÃO

O direito de família, assim como outros ramos do direito, está envolto a um ágil e contínuo processo de transformação pelos inúmeros conflitos, adaptações e evoluções que naturalmente surgem na sociedade. Bem por isso, é absolutamente normal o surgimento de contradições no ordenamento jurídico pela incapacidade de acompanhar estas transformações. Em outras palavras, haverá situações que a resposta dada pela legislação já não se coaduna com a realidade social.

Por este motivo ou por proposital inércia legislativa, a imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos, tema que será tratado no presente artigo científico, pode ser considerado um nítido exemplo de hipótese em que, pelo menos à primeira vista, não encontra justificativa social e amparo constitucional para permanecer em vigor no nosso ordenamento jurídico.

O regime de bens é o instituto pelo qual se estabelecem as regras patrimoniais que vigorarão por força da formação de uma entidade familiar. Em razão de sua natureza privada é dado aos nubentes, via de regra, a discricionariedade quanto à escolha do regime de bens dentre os previstos no Código Civil de 2002.

Dito isto, alguns questionamentos se tornam indispensáveis: qual a justificativa para a imposição do regime de separação obrigatória às pessoas maiores de 70 anos? Esta previsão legal viola a Constituição Federal de 1988? Quais as proteções conferidas aos idosos pela legislação brasileira? Qual o posicionamento dos tribunais sobre o tema? Há uma tendência na jurisprudência pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil?

Para atingir tal objetivo, primeiramente, imprescindível entender a evolução histórica do regime de bens, assim como os regimes de bens propriamente ditos

atualmente em vigor. Igualmente importante é apresentar os princípios regentes deste instituto, bem como um paralelo entre a imposição estatal e a presunção de capacidade dos idosos à luz da tutela do idoso na legislação infraconstitucional.

Dessa forma, será possível constatar se a instituição de um regime levando em consideração tão-somente o fator idade pode ser considerado efetivamente uma proteção, ou, na verdade, se trata de uma intervenção desnecessária e, principalmente, apta a violar princípios e valores caros da nossa Constituição Federal.

A pesquisa será realizada por meio de uma revisão bibliográfica com abordagem dedutiva dos dados por meio de livros, periódicos científicos e bases de dados, como forma de recolher documentos e conhecimentos variados em várias fontes de pesquisa sobre o tema estudado.

A metodologia, por sua vez, consistirá em pesquisa bibliográfica; na investigação exploratória na literatura jurídica acerca das legislações pertinentes, principalmente nos procedimentos já adotados, bem como nas produções científicas e julgados, objetivando atender à formulação do problema e os objetivos da pesquisa, seguindo sempre uma linha de pesquisa qualitativa.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O regime de bens é o estatuto de bens das pessoas casadas, isto é, o conjunto de normas que disciplinará o patrimônio do casal na constância do matrimônio (ROCHA, 2003), desse modo, não há casamento sem a definição – ainda que imposta por lei – de tal regime.

De acordo com Maria Helena Diniz (2007):

Regime de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultante do casamento. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários.

A existência do instituto do regime de bens durante o casamento é noticiada desde os tempos antigos. Um dos primeiros regimes que se tem notícia é o regime da absorção ou regime dotal, que consistia no seguinte: ao contrair núpcias o

patrimônio da esposa passava ao domínio do marido, que os administrava, como mostra o Código Civil de 1916 em seu artigo 380³.

No entanto, essa cultura foi pouco a pouco mudando ao longo do tempo, juntamente com o reconhecimento da dignidade e direitos da mulher. Com caráter protetivo à esposa, posteriormente, surgiu o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121, de 27.08.1962 e os bens por ela adquiridos eram comunicáveis. De acordo com Rizzardo (2014), o atual Código Civil deixou de abordar acerca dos bens reservados à mulher, visto que há igualdade entre os cônjuges, deixando de existir as diferenças verificadas no anterior sistema.

Com a edição do Código Civil de 1916, código ao qual retratava uma sociedade patriarcal e machista, em que o marido aparecia como chefe da sociedade conjugal, foram instituídos quatro regimes de bens, quais sejam: o Regime Dotal, a Comunhão Parcial de Bens, a Separação Total de Bens e a Comunhão Universal de Bens. Em casos de ausência da escolha do regime de bens a ser adotado mediante pacto antenupcial⁴, ficava intitulada como regime de bens oficial a Comunhão Universal de Bens. Essa escolha como regime oficial, deu-se por questões históricas e morais, uma vez que, tendo seu berço na cultura germânica a adoção do regime espalhou-se por diversos países.

Somente com o advento da Lei do Divórcio, Lei nº 6.515 de 1977, é que houve a substituição do regime da comunhão universal de bens como regime oficial. A partir deste momento, inexistindo pacto antenupcial entre os nubentes o regime que conduziria o casamento seria o da comunhão parcial de bens.

O Novo Código Civil, promulgado em 2002, preservou, em sua maioria, os regimes de bens previstos na legislação anterior. Em verdade, extinguiu somente o regime dotal e passou a prever o regime denominado participação final nos aquestos. Os regimes já existentes sofreram apenas alterações pontuais de modo a se adaptar à evolução da sociedade.

3 REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

³ Art. 380 do CC 1916. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

⁴ Contrato formal e solene celebrado livremente entre os noivos em momento anterior ao casamento, onde as partes regulamentam as questões patrimoniais, como a escolha do regime de bens que vigorará entre elas durante o matrimônio.

Diante da importância do instituto de regime de bens, se faz necessário tratar do conceito, características e distinções de cada um dentre os quais a lei coloca à disposição dos cônjuges.

O regime de comunhão parcial, denominado por Carlos Roberto Gonçalves de “regime de comunhão limitada” (GONÇALVES, 2015), é o que prevalece se os cônjuges não fizerem pacto antenupcial. Caracteriza-se, de acordo com o artigo 1.658⁵ do CC, pela comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, com as ressalvas descritas pelos art. 1.659⁶ e 1.661⁷ do CC, que excluem da comunhão os bens particulares. Estes bens, ressalte-se, são os bens particulares que cada cônjuge possuía ao casar, assim como todos os demais excluídos da comunhão (OLIVEIRA, 1995), tais quais os bens herdados, os de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.

O regime da comunhão universal, por sua vez, é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, conforme o artigo 1.667⁸ do Código Civil. Os bens excluídos da comunhão universal restringem-se aos doados por terceiro com cláusula de incomunicabilidade ou sub-rogados em seu lugar.

O regime de participação final dos aquestos, disposto no art. 1.672⁹, trata-se de um regime híbrido, haja vista possibilitar a aplicação de dois regimes simultaneamente: durante o casamento aplicam-se as regras do regime de separação total e com a dissolução, as de comunhão parcial.

O regime de separação convencional, segundo o artigo 1.687¹⁰ do Código Civil, os cônjuges unem suas vidas e seu destino, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial (GONÇALVES, 2015), cada qual

⁵Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

⁶ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

⁷ Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

⁸ Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte

⁹ Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

¹⁰Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

continua dono do que lhe pertencia e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, seus bens são comunicáveis. Há exceção dos bens adquiridos na constância do casamento em prol do não enriquecimento ilícito e, comprovado o esforço comum do casal haverá meação do bem.

Regido pelo artigo 1.641¹¹ do Código Civil, o regime de separação obrigatória de bens elimina a possibilidade de escolha pelos nubentes, em razão de circunstâncias taxativas, acerca do regime pretendido. Disciplina Maria Berenice Dias (2013, p. 256):

Trata-se, nada mais, nada menos, 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 desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.

Levando em consideração o objeto do presente trabalho, forçoso salientar que uma das hipóteses de imposição do citado regime ocorre quando um dos consortes é pessoa maior de 70 anos. Vale ressaltar que até o ano de 2010 a idade referente ao regime da separação obrigatória era de 60 anos, contudo, a Lei 12.344¹² de 9 de dezembro de 2010 foi responsável por dar os contornos atuais do regime em questão.

Maria Berenice Dias (2013, p. 257) continua com destreza:

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar o enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC, 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.

Nota-se, de pronto, um equívoco por parte do legislador ao equiparar a pessoa idosa, seja maior de 60 anos ou 70 anos, ao incapaz. Essa comparação, no entanto, sequer seria aceitável nos dias de hoje à vista do Estatuto do Idoso e das Pessoas Deficientes, que em breve será alvo de análise.

Analisa-se, a partir de agora, se este tipo de intervenção estatal na autonomia privada provoca a supressão da autodeterminação da pessoa, bem como

¹¹ 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.

¹² Altera a redação do inciso II do art. 1.641 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.

se ofende os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO REGIME DE BENS

No direito de família, especificamente, há a incidência de princípios próprios, como também de princípios constitucionais. Todos estes princípios são responsáveis por nortear a aplicação das normas jurídicas nas relações familiares. O princípio da dignidade da pessoa humana – valor fundamental em nossa Carta Magna – refletirá não só nas relações familiares, como exerce a função de esteio para os demais princípios incidentes nas relações familiares.

Ainda sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, árdua tarefa enfrentou aqueles que se dispuseram a defini-lo, uma vez que trata-se de um produto cuja definição sofre influência histórica, política e religiosa. Bem por isso, atualmente os doutrinadores não possuem a intenção de conceituá-lo, mas de delimitar aspectos essenciais que lhe dão um sentido mínimo e universalizável, quais sejam, valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

Para Luís Roberto Barroso (2010, p. 21), o valor intrínseco:

É o elemento ontológico da dignidade, ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. Trata-se da afirmação de sua posição especial no mundo, que a distingue dos outros seres vivos e das coisas. A inteligência, a sensibilidade e a comunicação são atributos únicos que servem de justificação para esta condição singular.

Com a mesma maestria, Luís Roberto Barroso (2010, p. 24) conceitua o segundo aspecto essencial, a autonomia:

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. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade.

Por fim, e ainda nas lições do Luís Roberto Barroso (2010, p. 25), o último aspecto essencial da dignidade da pessoa humana, o valor social da pessoa humana:

A dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica.

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, o regime de bens pauta-se por alguns princípios peculiares responsáveis por estruturar os efeitos patrimoniais em relação aos cônjuges e aos terceiros interessados, tais como a liberdade de estipulação, a variedade de regimes e a mutabilidade justificada.

Alguns doutrinadores citam os quatro princípios, ainda que por outra denominação, como Cristiano Chaves e Flávio Tartuce (CHAVES, 2015 e TARTUCE, 2010). Já Maria Berenice Dias trata desses princípios de forma genérica, especificando, no entanto, quanto ao princípio da comunicabilidade (DIAS, 2013).

O princípio da liberdade de estipulação diz respeito à plena liberdade dos nubentes na escolha do regime que lhes convier para regulamentar os interesses econômicos do casal. Significa dizer que, em tese, não há imposição relativo a algum dos regimes disponibilizados pelo legislador.

O princípio da variedade de regimes, como o próprio nome sugere, decorre da variabilidade de modelos colocados à disposição dos nubentes: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total de bens. É possível, inclusive, a realização de uma combinação entre os regimes, criando, desse modo, um regime misto, próprio e particularizado, como se depreende do artigo 1.639¹³ do Código Civil. Não havendo escolha de regime o que prevalecerá é o da comunhão parcial de bens.

O princípio da mutabilidade justificada, com previsão no art. 1.639, §2¹⁴, do Código Civil., possibilita a alteração do regime mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressaltados os direitos de terceiros será possível a alteração do regime. Como por exemplo, no caso do indivíduo casado sob o regime de comunhão universal que pretende trocar pelo de comunhão parcial. Também é admissível a alteração do regime de bens dos casamentos celebrados na vigência do Código de 1916, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal de

¹³ Art. 1.639, CC: É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

¹⁴ Art. 1.639, §2, CC: É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltados os direitos de terceiros.

Justiça¹⁵ (REsp 1.533.179/RS. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 8/9/2015)¹⁶.

Nota-se, portanto, que os princípios constitucionais passaram a incidir nas relações familiares a partir do momento em que o Direito de Família passou a receber a influência de outros valores até então desconhecido, fenômeno este decorrente do processo de constitucionalização deste instituto. Mas não é só, esses princípios ganham tamanha importância ao ponto de influenciar o próprio regramento do regime de bens, como a partir de agora será visto.

5 A TUTELA DO IDOSO NO PLANO JURIDICO BRASILEIRO

A todo e qualquer ser humano são resguardados na Constituição Federal direitos e garantias fundamentais, notadamente em seu art. 5º¹⁷ e art. 230¹⁸. Tal proteção deveria, por si só, ser suficiente para garantir a proteção ao idoso, porque assegura "a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

No entanto, o legislador inseriu no ordenamento jurídico leis específicas com o objetivo de conferir maior amparo a determinada parcela da população, como é o caso do Estatuto do Idoso, instituído sob a Lei 10.741 de 2003. Vale destacar que muitas das proteções previstas foram concebidas como princípios, e nesse sentido oportuno apresentar a lição de Clóvis Beviláqua (1999), para quem os princípios constituem-se em elementos fundamentais da cultura jurídica humana. Com igual importância, Ataliba (2001) conceitua:

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).

¹⁵ REsp 1.533.179/RS. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 8/9/2015.

¹⁶ EMENTA: Direito de família. Recurso especial. Alteração de regime de bens do casamento de comunhão parcial para separação total. Omissão do acórdão recorrido. Inexistência. Partilha dos bens adquiridos no regime anterior. Possibilidade. Recurso provido.

¹⁷ Art. 5, CF: 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

¹⁸ Art. 230, CF: A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Passa-se, pois, a uma análise mais detalhada dos princípios previstos no Estatuto do Idoso para que, ao lado dos princípios constitucionais e infraconstitucionais supracitados, seja possível identificar o verdadeiro alcance das modernas proteções concebidas pelo legislador.

5.1 PRINCIPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade é o direito de agir segundo o seu livre arbítrio, de acordo com a própria vontade, desde que não prejudique outra pessoa e não infrinja as leis, mas não infringir as leis não significa não ter senso crítico com relação a elas pois, algumas precisam ser reanalisadas à luz dos princípios constitucionais, como é o caso do artigo 1641, II, do Código Civil, em que o legislador tentou proteger aos idosos acima de 70 anos de um suposto golpe do baú.

Se, por um lado, houve proteção, por outro, houve a ofensa à liberdade de escolha dos maiores de 70 anos, afrontando o art. 10¹⁹, § 1, do Estatuto do Idoso, segundo o qual o direito à liberdade compreende, entre outros aspectos, a faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários; a liberdade de opinião e expressão; a liberdade de crença e culto religioso; a prática de esportes e de diversões; a participação na vida familiar e comunitária; a participação na vida política, na forma da lei; a faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

Dentre as diversas interpretações dadas à liberdade de opinião e expressão do idoso, encontra-se, inclusive, a liberdade de contrair matrimônio e escolher livremente o rumo de seus bens patrimoniais, se pertencerão ou não ao seu cônjuge, pessoa que elegeu para uma comunhão de vida.

5.2 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DO IDOSO

Da mesma forma o artigo 10²⁰ do Estatuto do Idoso preceitua que o direito ao respeito dos idosos consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, estendendo e assegurando a tutela desses indivíduos na sociedade

¹⁹ Art. 10, Estatuto do Idoso: 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.

²⁰ § 2º 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. § 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

A partir do momento em que um indivíduo de 18 anos pode escolher seu regime de bens e um de 70 anos não pode pelo motivo idade, estamos discriminando, restringindo direitos de determinados indivíduos. A autonomia da vontade é algo inerente aos seres humanos, tratar o ser humano, cidadão capaz, detentor de direitos e obrigações no âmbito civil da forma prevista no artigo 1.641 inciso II, é dizer que tais cidadãos deixaram, por mera previsão legal, portanto abstrata, de ter vontade própria, e isso ofende o princípio da dignidade da pessoa humana já que introduz 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 através do regime de bens que melhor atender a seus interesses, "ademais, entendemos que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender" (TARTUCE, 2010, p.165).

A sociedade precisa ter em mente a importância do idoso, o quanto ele, que já viveu muito, pode ampliar e compartilhar com as suas experiências de vida e não delimita-las. O idoso é merecedor de escolher o que bem entender sem restrições legislativas.

5.3 PRINCIPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Ninguém pode ser discriminado por crença, sexo ideologia ou por etnia, ou seja, todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, vez que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades virtuais dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular.

Contudo, embora a preocupação do legislador fosse evitar o chamado "golpe do baú", não se deve admitir qualquer tipo de intervenção ao arrepio dos princípios constitucionais mais caros à pessoa humana. Além dos princípios tratados,

imprescindível notar como a criação legislativa atinge direta e efetivamente a pedra fundamental do nosso ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, para tentar amenizar a “lesão” causada por essa legislação a jurisprudência tentou solucionar parcialmente a imposição do regime obrigatório da separação de bens aos maiores de 70 anos através da Sumula 377 do Supremo Tribunal Federal.

6. EXCEÇÕES À APLICAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

A imposição do regime de bens para os nubentes com mais de 70 anos vem sendo objeto de discussão não só na doutrina. Os tribunais, até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal, reiteradamente veem se debruçando sobre o tema. Não por outro motivo, a Suprema Corte editou a Súmula 377²¹, ainda no ano de 1964, para adotar o entendimento de que os bens conquistados onerosamente na constância do matrimônio se comunicam, pois, o esforço comum do casal é presumido. Nesse sentido, esclarece Maria Berenice (2013, p. 259):

A tentativa do Estado de reger a vida e os afetos das pessoas é de tal ordem que, além de impor um limite de idade mínimo o que até se entende-, também impõe uma idade máxima para o casamento. A quem desobedece às recomendações legais simplesmente a lei faz de conta que o casamento não existe, ao menos quanto aos aspectos patrimoniais. É imposto obrigatoriamente o regime de separação de bens.

Para alguns doutrinadores, como Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010), a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal não foi revogada, devendo ser aplicada diante da vedação do enriquecimento ilícito sem causa. Tal entendimento contraria o Código Civil e impõe a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento, mesmo no regime de separação de bens. Outra parte da doutrina, como Rolf Madaleno (MADALENO, 2013) entende que:

Manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens porque pessoas casaram sem observarem as causas suspensivas da celebração do casamento ou porque contavam com mais de sessenta anos de idade (agora, setenta anos de idade) ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do sexo ou da idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tabua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade humana.

²¹ Sumula 377: no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Explica Maria Helena Diniz que, quando um dos nubentes adquire bens comuns com seu salário e o outro apenas poupou com intuito de criar um bem particular, aquele que adquiriu bens comuns seria punido, em caso de dissolução, pela divisão de bens, ocasionando flagrante injustiça, pois é dever de ambos os cônjuges contribuir com o sustento da família (DINIZ, 2007). Ou seja, apesar da referida súmula querer pacificar, ela gera outros questionamentos, como, se deve ou não ser aplicada a presunção de esforço comum.

Verifica-se a insegurança jurídica muitas vezes causada por entendimentos que ao longo do tempo são construídos pelo Judiciário, mas que na prática divergem do texto legal. De certa forma, inibi a vontade dos nubentes, o querer de cada um deles, se um deles quisesse, não poderia casar no regime de comunhão universal, o que, não precisaria dessa comprovação de esforço comum e, com seu falecimento parte de seus bens iria para o seu companheiro (a), com o qual escolheu viver por livre e espontânea vontade.

Outro caso já pacificado na jurisprudência é do casamento precedido de união estável iniciada antes da idade limite, caso recentemente julgado, em sede apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco²².

No julgado em tela, a Apelante propôs inventário dos bens deixados por falecimento de sua irmã. Afirmou ter a *de cujus* falecido sem deixar filhos e genitores vivos. Ainda, afirmou que, apesar da *de cujus* ter sido casada civilmente com o Apelado, o regime de bens adotado pelo casal foi o da separação total de bens, razão pela qual os bens deixados por ela, a falecida, devem ser transmitidos aos

²² EMENTA: Apelação Cível. Direito civil. Família. Sucessões. Matrimônio contraído por pessoa com mais de 60 anos. Redação original do art. 1.641, II, Código Civil Regime de separação obrigatória de bens. Não incidência. Casamento precedido de descendentes. Longa união estável Cônjuge iniciada supérstite. Antes Único da idade herdeiro. Limite. Ausência Recurso de não ascendentes provido por e unanimidade. f* I - De acordo com o enunciado n. 261 aprovado na III Jornada de Direito Civil promovida pelo CNJ "A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade". II - "Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio quando os cônjuges é precedido não de tinham longo restrição relacionamento legal à escolha em união do regime estável, de iniciado bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico." (REsp julgamento: 1318281/PE 1.12.2016. 2012/0071382-0. Data da Relatora: publicação: Min. 7.12.2016). Maria Isabel Gallotti. Data do III de longo - No caso, relacionamento o matrimônio em celebrado união estável, entre a iniciado de cujus quando e o apelado os cônjuges foi precedido não tinham restrição legal à escolha do regime de bens. IV de descendentes Incide na hipótese e ascendentes, o disposto será no Art. deferida 1.838 a do sucessão CC, segundo por inteiro o qual, ao "em cônjuge falta sobrevivente", de cujus. razão pela qual não há que se falar na concorrência dos irmãos da V - Recurso não provido por unanimidade.

irmãos. O Apelado sobrevivente em sua contestação afirmou que, de fato os nubentes quando contraíram o matrimônio possuíam mais da idade limite o que ensejaria a incidência do regime de separação obrigatória de bens, com base no artigo 1641²³, II, do código civil, porém declarou também ter convivido em união estável, na presença de duas testemunhas, há mais de 5 anos, antes do casamento civil, convivência iniciada quando os cônjuges possuíam a idade inferior à exigida, na época, para a aplicação do regime de separação.

Atualmente a união estável, quando um casal desenvolve uma relação afetiva contínua e duradoura, conhecida publicamente e estabelece a vontade de constituir uma família, inclusive esse instituto é legitimado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 3²⁴, equipara-se ao casamento, então, em tese o apelado e a *de cujus* eram casados de fato, embora o casamento civil só tenha ocorrido posteriormente, havendo a necessidade de comprovar que a união iniciara antes dos 60 anos, para que o marido tivesse direito ao patrimônio.

Como a união estável é equiparada ao casamento o regime que vigora nas uniões estáveis, iniciadas quando um dos nubentes já tem mais de 70 anos, é o regime de separação obrigatória de bens. Por mais que o art. 1.725²⁵ do código civil estabeleça que o regime a ser aplicado às relações patrimoniais do casal em união estável, sem pacto antenupcial, seja o de comunhão parcial de bens a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça²⁶ (REsp. 1.653.890 – MG. Ministro

²³ 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.

²⁴ Art. 226, § 3º, CF: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁵ Art. 1.725, CC: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

²⁶ Ementa: Apelações Cíveis - reconhecimento e dissolução de união estável c/c com partilha de bens e alimentos - união estável - requisitos preenchidos - sexagenário - aplicação do regime de separação total de bens - recursos não providos. Deverá ser reconhecida a existência de união estável se as provas produzidas nos autos demonstram a convivência pública, contínua, duradoura, e estabelecida com "animus definitivo". a jurisprudência do col. superior tribunal de justiça firmou entendimento no sentido de ser aplicável a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de 60 (sessenta) anos, nos termos do art. 1.641, inc. ii, do código civil, alterado para 70 (setenta) anos pela lei nº 12.344/2010, às uniões estáveis, observado, porém, o disposto na súmula 377 do exc. supremo tribunal federal."(e-stj,fl. 1031) em suas razões recursais, a recorrente aponta violação do art. 258, parágrafo único, ii, do cc/1916, e divergência jurisprudencial, sustentando, em síntese, ser devida a partilha igualitária dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, independentemente de prova efetiva de contribuições financeiras diretas ou indiretas de cada um, em observância ao princípio da solidariedade e a fim de se evitar o enriquecimento ilícito dos consortes. apresentadas contrarrazões às fls. 1149/1157. é o relatório. passo a decidir. não assiste razão à parte recorrente.

Lázaro Guimarães. Julgado 26/03/2018) entende que deve ser aplicado o regime de separação obrigatória de bens

Analisa-se, a seguir, a inconstitucionalidade da legislação civil ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos idosos, forçando-os a procurar o amparo do poder judiciário, ficando expostos a desgastes emocionais ao ter que provar união estável anterior como condição para ter direito à herança do cônjuge falecido.

7. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Ainda que o Supremo Tribunal Federal não tenha declarado a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, forçoso destacar que os tribunais de justiça, em sede de controle difuso de constitucionalidade, têm se manifestado pela inconstitucionalidade do artigo, embora tal declaração não tenha o condão de retirar da legislação o artigo ou lei objeto da ação.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no ano de 2010, ao apreciar o Incidente de Inconstitucionalidade nº. 2010107802²⁷, em sua

consoante a jurisprudência deste superior tribunal de justiça, nos casos de união estável de homem sexagenário ou mulher cinquentenária, nos termos do art. 258, parágrafo único, inciso ii do cc/1916, em vigor à época da configuração da união estável ora discutida, impõe-se o regime de separação obrigatória de bens, sendo que, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado e esforço comum para sua aquisição, devem ser amealhados, conforme dispõe a súmula 377/stf.

²⁷ Apelação Cível - procedimento de jurisdição voluntária - modificação do regime matrimonial de bens - sentença que declarou extinto o processo por ausência das condições da ação - legitimidade e interesse para pleitear a respectiva alteração, que encontraria respaldo no art. 1.639,§ 2º, do cc - matrimônio contraído quando os insurgentes possuíam mais de 60 (sessenta) anos de idade - separação obrigatória de bens - pretendida modificação para o regime de comunhão universal - interpretação sistemática do código civil e da constituição federal - conclusão de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional - afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana - legislação que, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória - tratamento diferenciado em razão de idade - maturidade que, per se , não acarreta presunção da ausência de discernimento para a prática dos atos da vida civil - nubentes plenamente capazes para dispor de seu patrimônio comum e particular, assim como para eleger o regime de bens que melhor atender aos interesses postos - necessidade de interpretar a lei de modo mais justo e humano, de acordo com os anseios da moderna sociedade, que não mais se identifica com o arcaico rigorismo que prevalecia por ocasião da vigência do cc/1916, que automaticamente limitava a vontade dos nubentes sexagenários e das noivas quinquagenárias - enunciado nº 261, aprovado na iii jornada de direito civil, que estabelece que a obrigatoriedade do regime de separação de bens não se aplica quando o casamento é precedido de união estável iniciada antes de os cônjuges completarem 60 (sessenta) anos de idade - hipótese dos autos - apelantes que conviveram como se casados fossem no período compreendido entre 1964 e 2006, quando contraíram matrimônio - consortes mentalmente sadios - parecer da procuradoria-geral de justiça no sentido de se admitir a pretendida alteração - sentença objurgada que, além de denegar indevidamente a prestação jurisdicional, revela-se impeditiva do direito de acesso à justiça - decisão cassada - regime de bens modificado para o de comunhão universal - recurso conhecido e provido.

composição plena, decidiu, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil.

O relator do processo, no seu voto, seguido pelos demais desembargadores, observou que o critério etário utilizado pelo legislador teve por finalidade precípua a proteção daquele que se presumiu encontrar-se em estado de vulnerabilidade, permitindo ser mais facilmente ludibriado em razão de eventual interesse de outrem em relação ao seu patrimônio particular. Contudo, tal disposição legal implica discriminação ao presumir que o nubente maior de 70 (setenta) anos de idade não possui capacidade de discernimento, restrição que não pode ser admitida, por revelar-se contrária ao atual ordenamento.

Isso porque, o art. 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação, merecendo igual destaque o respectivo art. 5º, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A disposição legal que limita a liberdade de escolha do regime de bens do nubente maior de 70 (setenta) anos de idade, além de revelar-se discriminatória - já que não se pode presumir que a maturidade natural dos idosos automaticamente prejudique a sua capacidade de discernir acerca de quais relações lhes poderiam ser prejudiciais -, também viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

O relator destacou, também, que “não basta ao magistrado aplicar a norma vigente, perdendo de vista a sua função de pacificador social”, sendo necessário que tenha consciência jurídica contemporânea e que atenda, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, conforme preceituado no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A flagrante inconstitucionalidade motivou o Conselho da Justiça Federal a elaborar o enunciado 125²⁸, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, que propõe a revogação do dispositivo 1.641, II, sob análise, mediante a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime de 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.

²⁸ 125 – Art. 1.641, II: Redação atual: da pessoa maior de sessenta anos. Proposta: Revogar dispositivo.

À vista do exposto, é possível notar que o art. 1.641, II, do Código Civil permanece em vigor por inação legislativa, haja vista que no âmbito doutrinário e jurisprudencial, seja pela ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja pela percepção promovida pelo Estatuto do Idoso, prevalece majoritariamente o entendimento quanto à inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos.

8 A PRESUNÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL DO IDOSO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

De acordo com o artigo 1º²⁹ do código civil toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, ou seja, ao nascer todo ser humano adquire capacidade, mas não significa que pode exercer qualquer ato da vida civil. No direito brasileiro é dotado de plena capacidade civil o indivíduo com 18 anos completos, art. 5º³⁰ do CC, ficando habilitado para todos os atos da vida civil, com exceções dos menores de 16 anos (absolutamente incapazes), os indivíduos entre 16 e 18 anos, pessoas com deficiência intelectual e que não adote regularmente de práticas que o impeçam de tomar escolhas de forma totalmente baseada em suas capacidades de decisão, como é o caso de viciados, seja em tóxicos ou em hábitos, de forma muito extremada (relativamente incapazes).

No Brasil há pessoas que, mesmo atingindo certo patamar etário, continuam com capacidade para atuar em suas vidas profissionais. Na área jurídica, como por exemplo, é possível citar um dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, formado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1969, tornou-se promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1970, aprovado em primeiro lugar em concurso público de provas e títulos, atuando na Comarca de Cândido Mota, interior do Estado de São Paulo.

Atualmente com 73 anos, Celso de Mello compõe uma das cadeiras do STF, tendo sido indicado pelo presidente José Sarney, pois para compor o órgão é necessário a indicação do Presidente da República.

Sua função é julgar questões constitucionais da mais alta instância do poder

²⁹ Art. 1º-do CC: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³⁰ Art. 5º do CC:

judiciário brasileiro. Dentre os onze Ministros que compõe as cadeiras do STF, Celso de Mello é o mais velho, mas não há distinção entre os membros, tirando o Presidente do STF, todos têm a mesma posição hierárquica, o que cabe a um, cabe ao outro.

Precisa então, de um árduo esforço intelectual para aplicação de uma analogia em relação a atuação profissional de Celso de Mello e o preceito contido no Código Civil de 2002, art. 1641, II, referente ao regime de bens das pessoas que contraem matrimônio após os 70 anos.

Utilizando como parâmetro outro membro do STF, Alexandre de Moraes, hoje com 50 anos, demonstra-se uma importante contradição. Ambos, Celso de Mello e Alexandre de Moraes, têm a mesma competência profissional, porém na vida pessoal, Alexandre tem a faculdade de escolher o regime de bens que vigorará em seu matrimônio. Já Celso de Mello, pelo fato de ter 70 anos, não pode fazer essa escolha, sendo-lhe imposto o regime de bens pela legislação.

Entende-se que o legislador, quando da elaboração da norma em comento, não previa que teria uma referência de idoso no maior órgão do poder judiciário brasileiro. De fato, não há como prever o futuro, e a sociedade muda com o passar dos anos, mas explorando a época da imposição da norma, quando o Código entrou em vigência, precisamente em 2003, o Brasil tinha um dos maiores juristas do direito, Miguel Reale, cujos estudos no âmbito da teoria da tridimensionalidade do direito (fato, valor e norma) tornaram-se indispensáveis no meio acadêmico e jurídico brasileiro. Reale atuou até o ano de 1997, com 87 anos era membro do Conselho de Administração da Itaipu Binacional. Tais exemplos da atuação dos idosos na atividade profissional guardam total pertinência com o tema, pois apresentam fatos concretos, saindo um pouco dos preceitos legais.

Percebe-se, portanto, que a proteção que o Estado pretende dar ao idoso ao vedar sua livre escolha quanto ao regime de bens adotado em eventual matrimônio, acaba por desestimular a busca da felicidade e da satisfação pessoal inerentes à aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

Veja-se que a norma é imposta mesmo aos idosos que não possuem quaisquer bens, o que denota que o preceito legal baseia-se em três premissas igualmente equivocadas: a primeira seria a presunção de que toda pessoa que chega à terceira idade conseguiu amealhar patrimônio, tornando-se vulnerável a um

casamento por interesse; a segunda presunção seria a de que o interesse patrimonial é única justificativa para uma união entre pessoas idosas, o que desconsidera as necessidades emocionais dessas pessoas; e a terceira é a de que o outro cônjuge não poderia contribuir para aumentar esse patrimônio.

O idoso, assim como qualquer outro indivíduo, deve ser presumido capaz até que haja prova em sentido contrário, conforme ditames contidos no atual Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo principal é o de evitar a interdição, preservando, tanto quanto possível, a capacidade de autodeterminação do indivíduo.

Destarte, se o indivíduo não sofreu interdição, apto está para a prática de quaisquer atos de índole patrimonial, incluindo-se nesse rol o ato de escolher celebrar uma união sob a égide do regime de bens que melhor lhe aprouver.

Por fim, insta lembrar que o Estatuto da Pessoa com deficiência concedeu vários direitos àquelas pessoas anteriormente taxadas de relativamente incapazes, dentre eles o de casar e escolher livremente seu próprio regime de bens (FERREIRA, CARBONI, 2017), motivo pelo qual não se justifica a imposição do regime de separação legal ao idoso.

9 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, conclui-se que a imposição do regime de separação de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos restringe a liberdade e dignidade do idoso, ferindo leis e princípios constitucionais, uma vez que, um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, art. 3º, IV, é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

O Estatuto do Idoso, por sua vez, tutela o idoso com o tratamento prioritário em muitos aspectos e garante o direito ao respeito e a inviolabilidade de sua autonomia.

A idade, por si só, não deve ser motivo para a restrição de direitos do ser humano, pois os idosos estão ganhando cada vez mais espaço na sociedade e tendo uma expectativa de vida diferente de quando foi promulgado o Código Civil e, até mesmo quando foi alterada a redação do art. 1.641, II, no ano de 2010, mudando a idade de 60 anos para 70 anos.

Sem hesitar duvidas da necessidade de mudar essa obrigação dos idosos

terem que contrair o matrimônio em um regime que não lhes convém. Inclusive, foi analisado no presente artigo que há pessoas com mais de 70 anos, como Celso de Mello, atuando na vida profissional, tendo discernimento, ao julgar os processos da mais alta instância, para interferir na vida das pessoas, mas não exercendo o mesmo poder em sua vida pessoal, caso queira casar no regime de comunhão universal de bens. Se ele pode trabalhar normalmente, tem capacidade para outros atos da vida civil.

Averiguando ainda a incompatibilidade da aplicação dos princípios constitucionais e dos princípios norteadores do regime de bens no artigo 1.641, II. O maior de 70 anos não tem a liberdade de escolher o regime que deseja, o artigo presume sua incapacidade, ferindo sua dignidade, e distinguindo sua capacidade com os demais indivíduos que casam e escolhem o regime de bens que disciplinará o patrimônio do casal.

Em consequência da ofensa aos princípios que norteia a ordem constitucional vigente no país achou-se indispensável a análise do posicionamento dos tribunais, como o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, onde, no ano de 2010 julgou inconstitucional a aplicação do art. 1.641, II, cujo o argumento principal firmou-se no princípio da dignidade da pessoa, autodeterminação dos idosos e na desnecessidade do tratamento diferenciado, discriminatório, em razão da idade.

Não excluindo do trabalho apresentado as exceções à aplicação do regime de separação obrigatória de bens. Na tentativa de “minimizar” a inconstitucionalidade da imposição desse regime e com os inúmeros julgados referente a mesma matéria o Supremo Tribunal Federal entendeu e inseriu no ordenamento jurídico a Súmula 377 assim, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam, evitando o enriquecimento ilícito.

Desta maneira, o artigo 1.641, II, do Código Civil, apesar de vigente no ordenamento jurídico brasileiro, se mostra inconstitucional, proibir a vontade dos nubentes é retirar direitos e impor uma presunção de incapacidade a pessoas que viveram mais de décadas, tem muita vivência, conhecimento e contribuíram para o crescimento do país, sendo privilegiado de chegar a determinada idade e casar-se já que, casamento não é uma festa de aniversário, a qual é celebrada todo ano, mas uma celebração especial e atípica na vida de um ser humano.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/.../Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2016.

BEVILAQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. Campinas: RED Livros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15/10/2018.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). VadeMecum Acadêmico de Direito Rideel. 18ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014.

BRASIL. Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). VadeMecum Acadêmico de Direito Rideel. 18ª Ed. São Paulo: Rideel, 2014.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. Famílias. 7 ed. São Paulo, Atlas S.A.. 2015. Volume 6.

DE MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias. 9º. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 22ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007. Volume 5: Direito de Família.

Ferreira, Janaína Vasconcelos; Carboni, Fabio Pinti. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos. Revista Factus Jurídica. Minas Gerais, vol. 1 (2), p. 137-160, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 12ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

IBGE- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEORAFIA E ESTATISTICA, 2002. Perfil dos Idosos Responsáveis pelos Domicílios, Brasil. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm> Acesso em outubro de 2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Wilson de. Direito de Família. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995.

REALE. Atividades profissionais e empresariais. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/index.html> Acesso: 9 de novembro de 2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Introdução ao Direito de Família. 2 ed. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2003, Volume 3

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 9ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=28> Acesso em: outubro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL : REsp 1.533.179/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento: 08/09/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303672057 Acesso em: 15 de novembro de 2018.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Reconhecimento e dissolução de união estável c/c com partilha de bens e alimentos - união estável - requisitos preenchidos - sexagenário - aplicação do regime de separação total de bens. Nº165389. Relator: Ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do trf 5ª região). Recorrente: G Da C C. Recorrido: K C Da G. Julgamento: 26 de março de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561840571/recurso-especial-resp-1653890-mg-2017-0030582-1?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 de novembro de 2018.

Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Cível. Direito Civil. Família. Sucessões. Matrimônio contraído por pessoa com mais de 60 anos. Nº 460.868-8. Relator: Desembargador Eduardo Sertório Canto. Apelante: Lucí Maria dos Santos. Apelado: Reginaldo Gomes da Silva. Julgamento: 18/05/2017. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625795273/apelacao-apl-4608688-pe> Acesso: 08/10/2018.

Tribunal de Justiça de Sergipe. Incidente de Inconstitucionalidade Nº 2010107802. Relator: Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho Requerente: Regina Tereza Mendes da Silva. Requerido: Espólio de Hualdo Mendes da Silva, Requerido: Josefa Sônia de Freitas Mendes da Silva. Julgamento: 17 de novembro de 2010. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse> Acesso em: agosto de 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil Direito de Família. 5 ed. São Paulo, Método. 2010. Volume 5.