

UNI-ANHANGUERA- CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS
CURSO DE DIREITO

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO
REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA
MAIORES DE 70 ANOS NO BRASIL

LUCIANO HENRIQUE DE S. MATIAS

GOIÂNIA-GO
Maio/2019

LUCIANO HENRIQUE DE SOUSA MATIAS

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO
REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA
MAIORES DE 70 ANOS NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário de Goiás - Uni-
ANHANGUERA, sob orientação do
Professora Especialista Karla Vaz Fernandes,
como requisito parcial para obtenção do título
de bacharelado em Direito.

GOIÂNIA-GO

Maio/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUCIANO HENRIQUE DE SOUSA MATIAS

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA MAIORES DE 70 ANOS NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em ____ de _____ de ____ pela banca examinadora constituída por:

Prof. (a) Karla Vaz Fernandes
Orientadora

Prof. (a) Ms. Evelyn Cintra Araújo
Examinadora

Dedico esse trabalho primeiramente a minha mãe (Maria de Fátima) que sempre me apoiou e sempre esteve ao meu lado me ajudando da melhor maneira possível, nos bons e maus momentos. Sou imensamente grato aos meus professores do Curso de Direito que se dispôs a me ensinar com amor e carinho em especial Profa. Ana Valeria, Arianne Santos, Hulda Costa, Letycia Azeredo, Lucia Regina, Raquel Mendonça e minha professora orientadora que teve paciência e que me ajudou a concluir este trabalho Karla Vaz. Sou imensamente grato por toda a minha família, amigos e colegas, a comunidade da igreja e todos os funcionários dessa instituição e as pessoas que cruzaram meu caminho e me ajudaram a concluir esse projeto da minha graduação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu a vida e me permitiu que eu estivesse aqui hoje, iluminou meu caminho durante esta caminhada, sem a fé que tenho nele nada teria conquistado até hoje, gratidão, hoje e sempre: Obrigado Senhor!

Qual seria a sua idade se você não soubesse
quantos anos você tem?

Confúcio

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise sobre regime de bens imposto as pessoas de 70 (setenta) anos ou mais pelo Código Civil de 2002. No primeiro capítulo discorrerá sobre a contextualização histórica acerca do instituto do matrimônio e os seus efeitos patrimoniais no Código Civil de 1916 ao novo Código vigente de 2002 analisando suas principais características de cada regime de bens existente e o que foi alterado ou mantido no decorrer desse período. No segundo capítulo tem-se uma análise aos tópicos inerentes ao tema tendo como base no direito Civil e constitucional a incapacidade da pessoa em face do direito Brasileiro através de estudos jurisprudenciais, doutrinários e leis. Observação ao posicionamento quanto à doutrina oportuna no que tange ao tema. Já no terceiro capítulo abordaremos os desígnios a violação aos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 e pertinentes ao grupo de pessoas que atingiram a idade de 70 (setenta) anos ou superior, com intuito de resguardar os seus direitos e protegê-las, de avaliar se a validade da imposição do disposto ainda vigente no contexto atual da sociedade seja necessária ainda, sendo que, cerceia-lhes os seus princípios fundamentais, restringindo-lhes seu modo de escolha de vida. No que tange aos fundamentos da liberdade do idoso um estudo inerente à população septuagenário dentro da sociedade brasileira com base nos dispositivos legais da Constituição Federal bem como o Estatuto do Idoso. E por fim após estudos verificar-se a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade desse artigo 1.641, inciso II, do CC/2002.

PALAVRAS-CHAVE: Regime de bens. Casamento. Princípios. Idoso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 REGIME DE BENS	10
1.1 Conceito evolução histórica no Brasil	10
1.2 Argumentação doutrinária do regime de bens	12
1.3 Regime de bens obrigatórios ou legal conceito	14
1.4 Argumentação doutrinária inerente ao regime de separação obrigatória legal	15
2 CAPACIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO PARA IMPOSIÇÃO DO REGIME CASAMENTO	18
2.1 Capacidade de fato e capacidade de direito	18
2.2 Fundamentos da capacidade Civil	18
2.3 Nova redação dada ao inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 com a Lei n 12.344 de 2010	19
2.4 Da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros	21
2.5 A determinação da idade pode ser causa da incapacidade Civil da pessoa natural?	22
3 CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS IDOSOS	23
3.1 Princípios	23
3.1.1 Princípio da solidariedade da família	25
3.1.2 Princípio da dignidade humana	27
3.1.3 Princípio da afetividade	28
3.1.4 Princípio da isonomia	29
3.1.5 Princípio da liberdade	30
3.2 Fundamentos da Liberdade do Idoso	31
3.2.1 Direitos do idoso a partir da lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)	31
3.2.2 Dos direitos fundamentais do idoso	34
3.2.3 Considerações do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002 em face das disposições da Constituição Federal de 1988	35

CONCLUSÃO

40

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

Essa monografia tem o objetivo de analisar a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens em relação às pessoas de idade igual ou superior a 70 (setenta) anos conforme dispositivo no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002.

Um dos primeiros regimes de bens que temos conhecimento é o regime denominado de absorção, que consistia em o patrimônio da mulher ser administrado pelo marido, e depois com o contexto histórico e evolução da sociedade sem esquecer os direitos das mulheres sendo conquistado, surgem outras formas de regime matrimonial e timidamente teve-se pequenas alterações ao no decorrer da história até chegar no atual contexto que estamos inseridos.

Hoje em nosso ordenamento jurídico temos 4 (quatro) tipos de regime de bens: comunhão parcial (artigo 1.658 do CC), separação de bens voluntaria (artigo 1.687 do CC) ou obrigatória (artigo 1.641, II), comunhão universal de bens (artigo 1.667 do CC) e participação final nos aquestos (artigo 1.672 do CC).

Tendo como base a saúde e a forma de vida atual a longevidade se prolongou muito nessas últimas décadas, pessoas septuagenárias ainda trabalham e tem total discernimento e capacidade para gerenciar seus bens. O artigo 1.641, II nos coloca uma proibitiva quanto à escolha do regime de casamento, proibição essa em clara afronta aos direitos fundamentais da pessoa expressos na Carta Magna como princípio da dignidade humana, igualdade e liberdade entre outros. Tal proibitiva presume se uma incapacidade apenas pelo fato de se atingir uma idade estipulada na lei, sendo uma norma discriminatória e preconceituosa. Prevê que um septuagenário, que tenha descendentes e que pode ser assistido por eles, deve ser alertado sobre possíveis golpes que possa a vir ocorrer, não falo aqui na figura do curador, mas sim do grupo familiar que ser para amparar e proteger um ao outro.

Com intuito de analisar algumas questões pertinentes ao tema e correlacionar outras análises de suma importância, aqui trataremos sobre a evolução e conceitos de todos os regimes de bens exercidos atualmente no Brasil. Faremos uma análise inerente ao tema como a capacidade de fato, direito e Civil entre outros, abordaremos também todos os princípios pertinentes ao tema que são regidos pela Constituição de 1988, Estatuto do Idoso, dos regimes

de bens em alguns outros países e, por fim, considerações ao artigo 1.641, II, CC em face com a Constituição.

Pretende-se, com presente trabalho e análise do estudo, expor os direitos dos idosos e discutir os direitos dos septuagenários em face do regime obrigatório de separação de bens.

Demonstrar também que a sociedade e a sua cultura mudou e vem mudando a passos largos e a necessidade do direito acompanhar a sociedade nessa mudança, não sendo omissa e tal pouco moroso.

A investigação expõe objetivos que a caracterizam como descritiva, uma vez que, o assunto já está amplamente conhecida e a contribuição é tão somente proporcionar uma nova visão sobre esta realidade já existente.

Quanto ao método, será utilizado o dedutivo, pois a dedução não oferece conhecimento novo, uma vez que a conclusão sempre exhibe como um caso específico da lei geral.

1 REGIME DE BENS

1.1 Conceito e evolução histórica no Brasil

O regime de bens pode ser chamado também de regime matrimoniais de bens, que tem como objetivo definir a condução de uma relação patrimonial de um consorte seja ela econômicas e patrimoniais, quer dizer, como será feito futuramente a destinação, utilização do acúmulo patrimonial que será construído durante a vigência do matrimônio, para que, por ventura futuramente haja uma dissolução da união conjugal, para que se proceda a uma meação de forma mais justa, clara e específica entre as partes envolvidas.

Temos a existência do instituto do regime de bens desde os primórdios dos tempos antigos do casamento, sendo o regime premisse que ao se dar em casamento, o casal, o patrimônio da esposa passava de totalidade ao domínio do marido, conhecido como dote, costume antigo, mas que ainda em vigor em algumas regiões do mundo atualmente. Mas essa cultura de forma tímida foi mudando ao longo da história, tendo como base na constatação da dignidade e os direitos adquiridos da mulher.

Apresentamos como um dos primeiros regimes de bens que se tem conhecimento seria o chamado regime da absorção, que consistia em todo patrimônio da esposa passava para o poder do marido caso se houvesse uma futura dissolução do casamento e com este ficava todos os bens.

Com o passar do tempo criou-se o regime de unidade de bens em que o patrimônio consistia também em passar todo o patrimônio da esposa para seu marido, contudo, caso houvesse uma dissolução do casamento futuramente esses bens eram partilhados com a mulher, esse regime era um pouco melhor que o anterior.

Com advento no nosso Código Civil de 1916 foram se constituídos quatro regimes de bens, os quais cito seguinte, o regime dotal, a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens, essa última que citei, são denominados como o regime de bens oficial na ausência da escolha do regime de bens a ser adotada mediante o casamento.

Essa escolha do regime de bens universal de bens como regime oficial, foi escolhido por conta das questões morais e históricas, tendo como berço a cultura germânica esse regime se difundiu por diversos países.

Esse regime seguiu como oficial até o advento da Lei n 6.515 de 1977 que é a lei do divórcio, ou seja, houve então a troca do regime universal de bens para o da comunhão parcial de bens, tornando esse agora oficial. Inexistindo assim o pacto antenupcial entre os noivos.

Posteriormente com o advento do Código Civil de 2002 houve se a guarda do regime da comunhão parcial de bens como regime oficial, na ausência do pacto antenupcial. Com essa mudança do Código manteve se a existência de 04 (quatro) regimes de bens, eliminando tão somente o chamado regime dotal e gerando assim a figura do regime de participação final dos aquestos, mantendo se os demais regimes no novo Código ilesos. Evidentemente que com o passar do tempo, e com a evolução da sociedade esses regimes sofreram modificações e adaptações para se encaixar no atual contexto histórico.

Foram se observados critérios para que houvesse essas adaptações, com o anseio da sociedade, dentro os quais eu cito como exemplo a igualdade absoluta entre homens e mulheres, extinguindo se a figura do homem superior à figura da mulher, trazendo agora uma igualde entre os indivíduos, não podendo haver qualquer vantagem ou desvantagem sobre o outro, temos também a livre escolha dos consortes (exceto em casos específicos) para que melhor se adapte entre eles e o contexto da sua realidade.

Em suma, com regime de bens adotado no Brasil ao longo da história no direito brasileiro percebe-se que desde os primórdios houve se uma necessidade de proteção da mulher casada pela sua vulnerabilidade junto a uma sociedade patriarcal machista, mulher essa que na dissolução do casamento que se dava apenas pela morte do marido, tornando a viúva. Essas mulheres não necessitam mais dessa proteção, já que o Estado as resguarda pelo princípio da isonomia, elencado no artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal de 1988 que diz:

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;

Hoje no contexto atual (2018) a mulher tem papel igualitário ao homem, tendo os requisitos para o preenchimento de cargos ou atividades de trabalho, como também decisões

no âmbito familiar, conforme está elencado no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988 que nos diz o seguinte “§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Uma nova característica que o Código Civil de 2002 nos trouxe foi à possibilidade de modificação do regime inicialmente adotado durante o casamento, permitindo assim os noivos fazer adaptações futuras de acordo com os seus interesses e necessidades que melhor for para ambos.

O regime de bens tem como característica ser indivisível, que quer dizer adota se apenas um regime de bens para conduzir no casamento, os cônjuges porem tem a possibilidade de inserir cláusulas ao pacto antenupcial que das brechas para criarem regimes híbridos, todavia, não se desconstitui a essência do regime de bens adotado primeiramente, deve se também prevalecer para ambos os consortes. Um exemplo prático disso é que o casal ao adotar o regime de separação total de bens poderá constituir que determinados bens como bens imóveis ou moveis, quando adquiridos, fazer-se a parte do acervo comum dos cônjuges.

Vale ressaltar que o Estado intervém de forma bastante mínima nas questões patrimoniais, não é de interesse impor o regime de bens ao casal, fica a livre escolha de como o casal deve seguir a sua vida conjugal, cabe tão somente intervir para resguardar os direitos de ambos na escolha dos regimes que lhe bem forem escolhidos.

1.2 Argumentação doutrinária do regime de bens

Desfruta o § 1º do retro transcrito artigo 1.639 do Código Civil de 2002 que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento”. Isso diz que independente a escolha do regime pelo consorte, não poderá ter início em data anterior ao seu casamento, não tem se eficácia.

Tal posição foi assumida pelo Código Civil de 1916 em seu (artigo 230), foi abolido a ideia original que vinha do direito canônico que era aplicado no Brasil no direito pré-codificado, regime esse que começava a valer a partir do momento em consumava o matrimônio, que se realizava se no momento da primeira conjunção carnal. A elucidação desse regime foi corrigida posteriormente no novo Código de 1916, vejamos o que diz Carlos Gonçalves “evita questões constrangedoras de prova, relativamente à consumação ou não do matrimônio” (GONÇALVES, 2014, p. 443).

O regime de bens é um conjunto de regras que para disciplinar as relações do cônjuge e seu patrimônio inerente a cada um dos indivíduos e a terceiros também. Patrimônio esse antes da constância do casamento e os adquiridos após a união na vida conjugal.

O regime de bens serve também para proteger os bens que o conjugue adquiriu anteriormente ao casamento e que não queira compartilhar com seu cônjuge e serve também para aqueles que têm o interesse de somar o seu patrimônio.

Um fator importante e que deve ser citado é que as dívidas não se comunicam sendo elas anteriores ou posteriores ao casamento, nesse caso cada um responderá por sua si próprio. Acerca desse assunto o jurista Washington de Barros Monteiro no diz “Da incomunicabilidade das dívidas resulta que o credor do marido não pode penhorar bens da mulher e vice-versa. Se o fizer, o cônjuge prejudicado terá direito de lançar mão do remédio processual dos embargos de terceiro para obter levantamento da penhora” (MONTEIRO, 1996. p. 327).

É indiscutível que a família exerce papel fundamental na questão dos bens, casais unidos tende a ter uma produção maior de lucros e acúmulo. Alguns juristas alegam que núcleo familiar tem semelhança com uma empresa, pois ali naquele núcleo são adquiridos e gerenciados todos os bens para que a família mantenha seu sustento e de seus descendentes, nesse aspecto Nader (1998, p. 413) no faz a seguinte reflexão:

Pois detém patrimônio, produz ou presta serviços, lida com o ativo e o passivo, embora sua contabilidade seja informal. A titularidade patrimonial segue os critérios adotados pelos nubentes em seu pacto antenupcial, salvo o regime de separação obrigatória de bens, e pelos conviventes em seu pacto institucional.

O regime de bens é escolhido antes de o casamento ser concretizado, ele serve para uma possível ruptura do casal, caso isso não ocorra esse estatuto tem pouca valia, será aproveitado apenas na hora de realizar sucessão aos descendentes, já que isso procede de forma diferente de acordo com regime do casal.

O estatuto do regime de bens serve para os bens adquiridos antes do casamento e dos bens adquiridos após o casamento, na constância da vida conjugal. A existência do regime de bens é de suma importância para vida conjugal para que a vida familiar se mantenha unida. A cerca disso Nader nos diz “A existência de um regime de bens no casamento, com regras bem definidas, é do interesse dos cônjuges, de seus herdeiros e, ainda, de terceiros que pretendam com eles estabelecer vínculos obrigacionais e, para tanto, precisam saber a extensão de suas garantias”. (NADER, 1998, p. 416).

Como é de suma importância para manter a vida família e conjugal, provendo seu sustento incluindo os seus descendentes, não há como ter um casamento sem estipular um regime para que possa dispor futuramente desses bens adquiridos. O que se analisa aqui não é a proibição do regime, sabemos que ele é importante, o que se discute é o poder de escolha dos septuagenários terem a liberdade de escolher o que lhe entender achar melhor.

1.3 Regime de bens obrigatória ou legal conceito

Esse tipo de regime é um dos que mais geram dúvidas nos indivíduos, como é de se notar logo de início, é determinado por lei em determinadas situações. Se os noivos não cumprirem alguns requisitos os mesmo não poderão escolher qualquer regime de bens. É uma modalidade que funciona de maneira equiparada a regime de separação total de bens. Porém tem como obrigação porque não cabe aos noivos a escolha do regime de bens, mas sim imposta pela Lei. Essa regra está elencada no Artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Que torna obrigatório o regime de separação de bens na constância do matrimônio para aqueles indivíduos que não são emancipados pelos seus pais, menores de 18 anos e aquele que atingiram 70 (setenta) anos ou mais.

Nesse modelo de regime os bens não se comunicam antes e nem tão pouco após a celebração do casamento, cada cônjuge fica com sua parcela de patrimônio pertencente. Mas, como bem sabemos na ciência do direito na maioria das vezes a suas exceções, e aqui não seria diferente.

Tem-se uma súmula de nº 377 STF (Superior Tribunal Federal) que dispõe que os bens adquiridos na constância do casamento é um esforço comum do casal, mesmo que esses bens possam vir a estar registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Vejamos o que diz a súmula 377 do STF “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Essa súmula que nos diz que, mesmo esse regime ser obrigatório por lei, os bens adquiridos pelo casal serão todos considerados como se fosse dos dois, e que em uma possível separação futura, deverão ser divididos em proporções iguais de 50% para cada um, sem que haja prejuízo para qualquer um das partes.

Há de se falar em um desentendimento entre os detentores do direito sobre essa súmula, pois a o entendimento da maioria que não existirão bens comuns depois do

casamento com esse tipo de regime, e que, se essa súmula for aplicada, o regime perdera a sua eficácia e características próprias da separação total de bens, o que pode vir a vir originar certa confusão. Toda via essa divergência não é exclusivo apenas dos operadores do direito, mas também nos Tribunais, dizendo que devem fazer provas na aquisição dos bens durante a constância do casamento e já outros tribunais falam que não a necessidade de tal prova.

Destacamos que em momento algum deve se confundir como regime da comunhão parcial de bens, onde se fala em abranger diversas possibilidades acerca do patrimônio individual e comum de cada cônjuge, conforme é demonstrado no regime da comunhão parcial de bens.

É importante ressaltar que a dissolução do casal não ocorre apenas com divórcio, ela pode ocorrer também pelo motivo de falecimento de qualquer um dos cônjuges, e quando isso ocorre no regime de separação obrigatória de bens, na existência de descendentes, o cônjuge que estiver vivo não é considerado herdeiro, entretanto, se tiver apenas ascendente, o cônjuge que estiver vivo vai ter direito à herança, nas proporções dos demais herdeiros. Toda via se o falecido não deixar descendente ou ascendente, o cônjuge que estiver vivo recebera a herança por inteiro, sendo ele o único herdeiro. Tal discussão está sendo baseada também na súmula 377 do STF, ora essa que foi destinada para os casos de divórcio, também está sendo utilizada e interpretada para assuntos relacionados sobre a sucessão hereditária.

Deve se levar em consideração que, no direito de família cada caso tem suas particularidades, diante de tantos pensamentos acerca do assunto.

Finalmente, vemos que o regime da separação obrigatória de bens é de veras criticado, já que gera uma sensação de incapacidade para pessoas de certas idade, principalmente aqueles que tem 70 (setenta) anos ou mais, impedindo-as assim de dispor livremente sobre a sua vida Civil. Havendo uma discussão sobre as características da separação de bens obrigatória, sendo sua aplicação justa ou não, todas elas estão elencadas na nossa lei no atual contexto que atual.

1.4 Argumentação doutrinária inerente ao regime de separação obrigatória ou legal

Por estar regido pela lei, não há de se falar em pacto antenupcial. Esse regime visa proteger o direito de proteção a certos grupos que estão especificados no Artigo 1.641 do Código Civil de 2002, vejamos o posicionamento de Gonçalves (2014, p. 469, 470):

Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16 anos, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Em concordância com o Código Civil de 1916 que nos impunha uma idade diferente cada sexo, o homem com mais de 60 (sessenta) anos e as mulheres acima de 50 (cinquenta) anos. Com a vigência do novo Código de 2002 as idades foram igualadas a 60 (sessenta) anos para ambos o sexo, porém, toda via com a lei 12.344 de 09 de Dezembro de 2010 essa idade foi alterada novamente para 70 (setenta anos) mantendo se ainda sem a distinção de sexo.

Tal instituto leva se em consideração a isonomia constitucional. Essa regra não é apenas quando os dois atingirem essa idade (70) basta apenas que um dos cônjuges supere essa idade, mesmo que o outro não tenha ainda atingido na data do casamento.

A jurisprudência tem se ovacionado contra essa ideia sendo ela não compatível com a Constituição Federal de 1988, conforme doutrina de Gonçalves (2014, p. 471)

Tem a jurisprudência proclamada, porém, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (CF, arts. 1º, III e 5º, I, X e LIV).

Esse é pensamento é quase unânime entre os doutrinadores, a um excesso de proteção do Estado sobre esse grupo de pessoas acima de 70 (setenta) anos que nos dias atuais isso é até mesmo injustificável e incabível, não há justificativa moral e econômica. Se puder ocorrer o casamento nessa faixa etária, os cônjuges estão aptos a escolher também o regime de bens que lhe bem interessar ou lhe encaixar melhor na sua vida conjugal. Também para Gonçalves (2014, p. 471, 472)

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, igualmente, a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrange-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente é inconstitucional esse ônus.

Não se tem sentido essa norma de proibir os nubentes de contrair matrimônio apenas em face de sua idade mais avançada, apenas com a alegação que possa a vir sofrer de maneira fácil o tão famoso e conhecido lema chamado “golpe do baú”. E nos casos em que um dos nubentes tenha acima de 70 (setenta) anos e outro tenha 50 (cinquenta) anos, onde ambos são

ricos e não dependem do patrimônio um do outro, são mesmo assim obrigados a casar sobre esse regime de bens conforme citado no artigo 1.641, II do Código Civil de 2002.

Por fim, no entender jurídico o que seria melhor se houvesse uma flexibilização desse artigo, não ser imposto como é conhecido hoje, tendo em vista que essa decisão afeta milhares de indivíduos que cada um tem um estilo de vida diferente, essa norma presume a incapacidade do nubente septuagenário que tem o interesse de contrair matrimônio, porém, entretanto, lamentavelmente essa corrente é minoritária na seara da aplicação prática.

2 CAPACIDADE CIVIL COMO FUNDAMENTO PARA IMPOSIÇÃO DO REGIME CASAMENTO

2.1 Capacidade de fato e capacidade de direito

No direito brasileiro não há de se falar em incapacidade tendo em vista que em seu artigo 1º fala que todos se tornam ao nascer capazes de adquirir direitos “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem Civil”. No que diz respeito à vida Civil a incapacidade é imposta pela lei, grupos esses que necessitam de uma proteção, já que, capacidade é regra como consta no artigo 1º do CC/2002.

A capacidade de fato ou capacidade de exercício é o direito que a pessoa vai adquirindo no decorrer de sua vida Civil, mas pode ocorrer ao contrário também, pode se perder o direito de fato no decorrer de sua vida Civil vê-se nas palavras de Carlos Gonçalves “Supere-se a incapacidade, que pode ser absoluta e relativa conforme o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa, pelos institutos da representação e da assistência”. (GONÇALVES, 2012, p.79)

Essa capacidade é a execução de uma ação que é o direito de exercer por vontade própria quando adquire personalidade jurídica.

A capacidade de direito também conhecida como direito de gozo. Todos são inerentes à capacidade de direito, tal premissa só perde apenas com o fato morte. De fato a exercer os seus atos civis na sua personalidade de forma plena. (GONÇALVES, 2012, p. 79)

2.2 Fundamentos da capacidade Civil

Destaca-se a atenção que inexistente no Código Civil de 2002, algo relacionado ao senil (que resulta da velhice) em sua capacidade de fato nos rol absolutamente e relativamente incapazes, idade acima da maioridade não é causa de restrição da capacidade, não há no que se falar em idade máxima da perda de capacidade em nossa legislação.

Longe disso, o ancião conforme consta na legislação – Estatuto do Idoso, art. 2º:

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

Ter uma idade mais avançada não é motivo para se limitar a capacidade de uma pessoa, como diz Fabio Ulhôa, vejamos seu entendimento, “A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada de idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses.” (COELHO, p. 178).

Sendo assim, como dito anteriormente, por não haver uma legislação específica, uma pessoa com seus 70 (setenta) anos ou mais, tendo ele sua capacidade Civil completa poderá ao contrair matrimônio ser capaz de escolher o seu regime de casamento que lhe melhor convir.

2.3 Nova redação dada ao inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 com a Lei n 12.344 de 2010

A Lei 12.344 de 2010, sancionada na época pelo Presidente Luiz Inácio da Silva Lula em 09 de Dezembro, onde altera o Inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, aumentando-se a idade no regime de separação de bens obrigatória de 60 (sessenta) anos para 70 (setenta) anos, vigente ainda no nosso contexto atual.

Essa mudança não foi um avanço assim tão significativo mesmo se alterando a idade tendo em vista que ainda fere a carta magna, a questão não é a idade e sim o regime imposto de forma expressa, a de se entender de daqui alguns anos deve se aumentar para 80 (oitenta) anos e vai continuar da mesma forma, gerando uma inconstitucionalidade. Há não ser que se mude a Constituição para se adequar ao Código Civil de 2002, caso esse que é algo pode se dizer quase impossível de ocorrer.

No direito romano que serve como base para nosso direito brasileiro havia uma restrição para contrair casamento por certa idade, quando o indivíduo chegava a certa idade ele não podia mais contrair matrimônio, como essa norma feria a liberdade das pessoas ela foi revogada por Constantino e seus sucessores, vejamos o que diz Washington de Barros Monteiro (2004, p. 217) “no direito romano, a Lei Papia Poppaea proibia o casamento das

pessoas que houvessem ultrapassado certo limite de idade. Tal disposição, que representava grave limite à liberdade dos cidadãos, foi revogada por Constantino e seus sucessores”.

Se uma norma que já foi abolida há tempos atrás no direito romano, sendo que a norma do inciso II do artigo 1.641 Código Civil 2002 não é de longe muito diferente, ora, se naquela época já se tirou por privar os direitos de uma pessoa, porque a de se falar em idade no regime de bens ao nubente de igual ou acima dos 70 (setenta) anos.

Idade não incapacita um indivíduo, até que se prove ao contrario essa norma deve ser abolida da legislação brasileira.

Voltando ao título do texto sobre a alteração do regime dada pela Lei 12.344/2010 pela Deputada Solange Amaral do partido DEM do Rio de Janeiro. Contudo essa mudança na norma com aumento de 10 anos não muda em quase nada, lembrando que ainda continua ferindo os princípios fundamentais.

Dias (2009, p. 73) uma renomada jurista diz sobre o referido tema abordado:

Em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção *jure et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

A pessoa em qualquer momento de sua vida tem o direito de recomeçar, tem direito de casar, praticar os atos da vida Civil, dispor de seus bens como bem lhe interessar. Vemos uma grande massa de idosos que continuam trabalhando, mostrando para sociedade em geral que são capazes de fazer suas coisas, sozinho, bem como de administrar seus bens.

O legislador não pode achar que uma pessoa mais nova ao se casar com uma de mais idade pode ser apenas golpe do baú, não tem como se presumir isso, as pessoas se apaixonam e cuidam uma das outras em qualquer idade, pode até haver um golpe ou a pretensão do mesmo, mas isso pode ocorrer também com pessoas de menos idade. O Estado pode realizar um estudo a fim de evitar esses golpes, então uma pessoa mais nova pode levar esse golpe sem problema, porque o Estado não vê como problema se um casal novo levar um golpe do baú de um dos seus cônjuges.

O cônjuge mais novo sofre o mesmo que uma pessoa mais velha de 70 (setenta) anos, quem pode firmar com toda certeza que esse mais novo que sofreu o golpe irá recomeçar a vida e refazer todo seu patrimônio, temos que pôr em mente que algumas pessoas

após sofre esse ataque com seus 30 anos (hipotético) não tenha mais interesse de refazer a vida, possa cair em uma depressão, ou qualquer outra doença psicoativa.

Enquanto um septuagenário pode recomeçar a vida, e vou além, pessoas nessa idade tende a ter filhos e netos, sendo ele assistidos pelos seus descendentes para que nada lhe aconteça de ruim, proteção essa pelos laços familiares adquiridos de um casamento anterior, tal premissa que o uma pessoa mais nova talvez não tenha ou mesmo que tenha filhos esteja ainda no estágio de incapacidade relativa.

Diz Rodrigues (2004, p. 144), para melhor elucidação do que está sendo estudado: “É nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa jovem procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte”.

Por fim tudo isso pertinente a vida humana é relativo. Não tem como o legislador prever que isso irá acontecer com pessoas de mais idade ou com todos. A vida é muito mais que a norma, a legislação que tem que se adequar ao contexto que se vive na época para que da melhor forma possa haver uma harmonia entre sociedade e leis expressas.

2.4 Da igualdade jurídica entre os cônjuges e companheiros

Quanto ao referido tema, princípio esse que pode ser um desmembrar do princípio que já falaremos logo abaixo que é o da igualdade entre os cônjuges e companheiros que está expresso em nossa Constituição de 1988 em seu artigo 226 § 5º que diz “Os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. No que tange esse princípio há de falar na isonomia entre homem e a mulher.

A raiz histórica vem do regime de patriarcalismo sendo que hoje não mais se faz presente na nossa época, tendo em vista as mudanças contemporâneas no mundo, sociais, evolução moderna e os direitos hoje adquiridos da mulher.

Finalmente notamos que tal igualdade segue em conjunto com o princípio da igualdade entre os cônjuges em sua vida conjugal, deixando bem claro que ainda se predomina a isonomia dos deveres e direitos do casal.

Abaixo se explana de forma mais sucinta cada um dos princípios fundamentais pertinentes ao nosso tema de análise.

2.5 A determinação da idade pode ser causa da incapacidade Civil da pessoa natural?

Todo ser humano quando tem o discernimento de sua vida sabe que tudo que rege ao mundo orgânico sofre mudanças e com nós não seria diferente, sabemos que a cada dia que passa nosso corpo vai envelhecendo e nossa mente vai adquirindo experiências e aprendizado. Mas com o avanço da medicina a vida foi em muito prolongada e com passar dos anos deve se aumentar ainda mais.

O nosso estatuto do idoso brasileiro nos diz em seu Artigo 1º que uma pessoa é considerada idosa com idade igual ou superior a 60 anos “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, já a OMS (Organização Mundial da Saúde) diz que quanto mais desenvolvido o país mais se aumenta essa idade, e que idoso não seria 60 (sessenta) anos e sim 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Sem ninguém chega a uma idade certa para definir um estágio de vida, já que sabemos que todos nós somos diferentes um dos outros, porque se fala em proibição do regime de bens para os septuagenários. Cada pessoa tem seu processo de envelhecimento, sendo assim sistema biológico é um conjunto de fatores interno e externos, e não uma idade determinante como a citada no estatuto do idoso de 60 (sessenta) anos.

Todavia, o entendimento é que o processo de envelhecimento não incapacita o idoso para suas ações da sua vida Civil e muito mesmo o seu entendimento psicológico em relação as suas escolhas. Essas mudanças ocorrem mais na seara biológica e não psíquica, claro que a casos com suas exceções que perdem o seu discernimento e sua capacidade Civil, caso esse não discutido nesse trabalho, que nesse caso há de se falar na figura do curador, já que é notável a falta da capacidade Civil.

Sem mais o artigo primeiro do Código Civil de 2002 diz “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem Civil”. Tendo como base esse artigo isso nos diz que toda pessoa é capaz e plena para praticar seus atos cíveis, e que não a restrição quanto a sua idade, entretanto, no artigo 3º e 4º do mesmo Código vê se um rol dos incapazes e totalmente incapazes e que momento algum se faz menção ao senil.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS IDOSOS

3.1 Princípios

No decorrer da história da humanidade foram criados e se modificando de acordo com sua necessidade ao longo do tempo os princípios. Tem como premissa para nortear a estrutura de um Estado de Direito, tais princípios decorrem nas constituições existente pelo mundo, não sendo diferente na nossa constituição, sendo elas responsável pela espinha dorsal de um sistema jurídico.

A revolução industrial e América foram os principais em influência nos princípios existente hoje. No Brasil houve se uma demora na implementação dos princípios, desde o século XIX, já se havia certa resistência na concepção de uma nova Constituição Brasileira, tendo em vista, que nessa época o país era regido por uma monarquia que tinham as suas próprias regras. Após esse tempo tivemos algumas Constituições que com o passar dos anos foram ficando mais elaboradas e acrescentando os princípios fundamentais nela. Depois tido tudo estamos na atual Constituição de 1988 regida com vários princípios fundamentais inerentes a vida humana, considerado a constituição mais elaborada e voltada para sociedade em toda de forma igualitária.

A palavra princípio no dicionário dá o deslumbre de início de algo, o começo. A partir daí podemos falar que os princípios constitucionais é o conjunto de regras, leis, preceitos utilizados para orientar um Estado, é o começo da seara do direito, não é à toa que nossa Constituição é conhecida também como Lei Mãe.

De acordo com Plácido e Silva (1993, p. 447) complementa:

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (...) Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Os princípios constitucionais há de se levar uma grande consideração, não se deve levar por meros dizeres da Constituição, pois eles caracterizam todas as diretrizes e

interpretações da legislação de um país, não tendo margem para interpretações inequívocas em diferentes áreas de uma nação com Estado Democrático de Direito.

Marco (2008, p. 47) destaca:

(...) Os princípios constitucionais merecem menção especial. São o ápice do sistema jurídico, tudo que lhes segue têm que estar em perfeita harmonia e conformidade com seus preceitos. Tais princípios valores que servirão de critérios para as futuras normas e serão concretizados à medida que forem sendo editadas normas para sua efetivação.

Como complemento temos os dizeres de Barroso (1999, p. 56):

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (1999, p. 147 a 149):

Contudo também Nunes (2002, p. 89) diz:

Da mesma maneira que os princípios ético-jurídicos mais gerais, os princípios constitucionais são o ponto mais importante do sistema normativo. Eles são verdadeiras vigas mestras, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper. (2002, p. 37)

Ora, os princípios têm como regra nortear os operadores do direito, mostrando lhes uma direção correta para aplicação das normas e leis, servindo-lhe de alicerce de forma igualitária para com todos. Não há de se falar em interpretação legislativa sem se levar em conta os princípios constitucionais.

Nesse sentido o artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002 fere os princípios constitucionais em face às pessoas que completaram os seus 70 (setenta) anos, sendo eles o princípio da solidariedade da família, princípio da dignidade humana, princípio da afetividade, princípio da isonomia, princípio da liberdade que irei discorrer um pouco sobre cada princípio posteriormente.

3.1.1 Princípio da solidariedade da família

A solidariedade é um instinto projetado do ser humano. Já nascemos com esse instinto para com os outros, e o primeiro grupo que temos essa empatia é o nosso grupo família que somos inseridos, ora não de se estranhar já que é nosso primeiro contato com pessoas nesse mundo. Que determina a cada indivíduo a assistência para com outros, a cooperação, apoio, ajuda, cuidado e assistência, advinda como categoria ética e moral não poderia ficar de fora a seara jurídica.

Esses sentimentos surgem de modo natural em cada ser humano. O direito costuma lidar com condutas e regras e não com sentimentos, como o direito republicano e o laico, vem de uma norma criada, imposta. De qualquer maneira a quem acredite que o direito moderno é um retorno ao sentimento, dando vida ao princípio da solidariedade valorado entre direitos e deveres.

Podemos citar como exemplo o Estatuto do Idoso que transforma o dever moral em face dos idosos em dever jurídico, o que eu quero dizer que o sentimento de social de solidariedade foi transformado em um princípio.

A solidariedade era considerada um dever moral religioso e caridade antes de ser adotada pelo direito, entre o século XIX e XX foi quando apareceu a denominação que conhecemos hoje como solidariedade, deixa claro que isso não se confunde com a caridade ou fraternidade de hoje, vai ser muito mais além do que isso.

O princípio da solidariedade tem como objetivo tornar uma sociedade mais justa, significando uma prestação solidária de forma prioritária aos que mais necessitem.

O convívio do ser humano desde os primórdios foi viver em sociedade, esse princípio jurídico da solidariedade visa o resultado de superar o individualismo, o egoísmo, no nosso modo de pensar e viver sem a predominância dos interesses individuais, projetando os nós e não apenas o eu, marcando assim a modernidade pós-revolucionária com reações até nos dias de hoje. Podemos afirmar que a partir disso houve a mudança do Estado liberal e individualista em um Estado democrático e social, sendo reconhecido por alguns até como de Estado Solidário.

Nosso primeiro ímpeto de solidariedade advém do nosso seio familiar, como diz anteriormente a nossa família é nosso primeiro contato como indivíduo vivendo em comunidade, além da solidariedade que nascemos tem a solidariedade que aprendemos com a

nossa família, a tratar e agir com solidariedade a outros indivíduos. À medida que vamos crescendo temos a percepção que a sociedade não é apenas o nosso grupo familiar.

Mas tudo começa no nosso grupo familiar compreende a solidariedade recíproca entre os pais e filhos, entre irmãos e avós e assim aos demais grupos da família. Posteriormente advém a solidariedade recíproca dos namorados, companheiros, conviventes e cônjuges, primordialmente no âmbito de assistência moral e material. A nossa casa colabora e muito nesse quesito de cooperação, assistência, cuidado, que se resume a tudo em solidariedade.

O autor Slaibi Filho (2009, p. 303) nos fala que o princípio da solidariedade visa à proteção do ser humano como indivíduo, vê-se na íntegra o seu pensamento:

Direitos da solidariedade e têm por objeto não só a proteção do indivíduo, mas a proteção do próprio gênero humano: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação. O direito ao desenvolvimento refere-se tanto a Estados como a indivíduos e, quanto a este, traduz-se em uma pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.

O idoso necessita de cuidados de sua família, de um ente mais jovem, normalmente esse processo é realizado pelos filhos, uns fazem por obrigação e já outros por solidariedade, vale lembrar que esse sentimento não deveria ser por obrigação. Um exemplo que podemos citar de uma obrigação derivada do princípio da solidariedade é a prestação de alimentos.

No direito brasileiro a uma exceção expressa nos diz respeito a não solidariedade passiva na obrigação alimentar, no que se refere ao idoso. Conforme consta no artigo 12 do Estatuto do Idoso que diz “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”. Há de se considerar todos de sua descendência de forma solidaria a prestar alimentos ao idoso que necessite.

No direito brasileiro a união estável não há necessidade de qualquer ato jurídico regulamentado ou até mesmo contrato advindo dos companheiros ou conviventes, basta apenas a situação de convivência em solidariedade, cujo pode se provar em juízo o início por qualquer meio que a lei nos expõe. Muitos idosos que vivem nesse regime de união que caracteriza o princípio da solidariedade e quando resolvem ou acham melhor contrair matrimônio para resguardar os direitos cônjuges, não podem devido o artigo 1.641 inciso II que lhes impõe uma obrigação de regime unicamente pela idade.

Por fim, o sentido de viver é uno e múltiplo dentro de nós, o mundo e a tecnologia nos torna cada vez mais individual. O que nos difere de máquinas e humanos e de nós

podermos ter solidariedade uns com os outros, isso nos torna mais humanos, onde podemos praticar a liberdade, solidariedade uns com outros. E um desses fenômenos é contrair matrimônio e poder escolher seu regime de bens para o que o casal septuagenário achar melhor.

3.1.2 Princípio da dignidade humana

Esse princípio é um dos mais difíceis de formular um conceito, por conter diversos entendimentos, delimitações e significados. Haja vista que é um dos mais importantes, acredita-se que desde que homem existiu o princípio da dignidade humana nunca esteve separado do homem, mesmo que não existisse esse termo jurídico.

A dignidade advém do homem, é um sentimento que existe desde os primórdios do começo da Civilização, Plácido e Silva (1967, p. 526) conceitua dignidade como:

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; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

O que o autor disse aqui é uma base norteadora e direcionamento que pode ser seguido, todavia, todo indivíduo busca respeito e conhecimentos em sociedade.

A dignidade humana como princípio fundamental mesmo que não reconhecida expressamente em outras constituições anteriores ela era apreciada e interpretada pelos juízes, com advento da Constituição brasileira de 1988 esse princípio de forma inédita foi expressamente posto no Título I – Dos Princípios Fundamentais em seu artigo 1º, inciso III que diz: Art. 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;

Temos também os direitos sociais, os quais estão elencados na Constituição de 1988 em seu artigo 230 onde fala do idoso, entre outros. Percebemos que o princípio da dignidade humana atinge a todos independente de sua idade, uma pessoa de 70 (setenta) anos ou mais merece a mesma proteção que a Carta Magna de 88 menciona. Não há de se falar em

diferenciação à opção do regime de bens no matrimônio, a proibição imposta pela lei a de se entender e ser compreendida como discriminação.

Por esta razão, em virtude dos direitos fundamentais como o princípio da dignidade humana elencados na Constituição de 1988 (Lei Mãe), não podendo outra lei contrariá-la como a Civil, não se pode fazer distinção na escolha dos regimes de bens aos demais.

3.1.3 Princípio da afetividade

Esse princípio existe desde nosso nascimento, haja vista que é natural, sendo ele primeiramente entre recém-nascido com seus pais e vice versa. Perdurando depois por toda a vida em vários aspectos da vida, como fase infantil, adolescência, adulto e na velhice, ou seja, está presente em todas as fases da vida de um indivíduo.

Por se tratar de um relacionamento afetivo entre pessoas e também a qualidade dessas relações houve se uma necessidade de ser regulado pelo direito, ficando a cargo das relações familiares, tendo peso jurídico no direito de família. Deixo claro que afeto não se confunde com amor, mas sim ligação entre um ou mais indivíduos, podendo ser positivo ou negativo a partir de uma convivência, esse afeto no pólo positivo denominamos amor e no passivo ódio, todas elas existente nas famílias.

Ele norteia através da afeição entre pessoas, ou seja, vontade de estabelecer uma família com base em um lar, ter uma convivência. Muitos idosos após 70 (setenta) anos tem discernimento físico e mental para contrair matrimônio sejam eles da mesma idade, mais velhos ou mais novos entre um dos cônjuges, sem que haja prejuízo da escolha do seu regime de bens. O pensador Madaleno (2016, p. 102) nos diz a seguinte nota a respeito do assunto:

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.

O jurista Calderón (2017, p. 80) também nos dá um deslumbre acerca do assunto, que diz:

Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de

Firmar-se a esse princípio é resultado de uma convivência familiar entre seus membros, sendo ele através de um casamento ou de outras condutas em qualquer idade de vida, gerando assim vínculos jurídicos mesmo sabendo que esse estatuto não encontra se expresso na constituição de 1988, não é mais aceitável no direito de família nos dias atuais sem afeto.

3.1.4 Princípio da isonomia

Posso dizer que esse é um dos princípios mais importante que a nossa Constituição de 1988, expressa em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É conhecido como o princípio da igualdade de forma justa entre todos.

Também conhecido como o princípio da igualdade, já que rege que todos devem ser julgados de forma igualitária independente de suas condições que defere um do outro, mesmo cada um sendo único no mundo, de que todos são iguais perante a lei, devendo ser velado pelo Estado e garanta que todos sejam tratados assim.

A sociedade brasileira veio de uma cultura enraizada que idoso não tem mais utilidade que não faz mais parte de uma cadeia produtiva, que não gera mais lucros para sociedade em si, vivemos em um contexto diferente atualmente onde o idoso tem sua capacidade, autonomia preservada, devido à expectativa de vida aumentada e aos avanços da medicina.

A idade chega para todos, isso é inevitável, o corpo pode ocorrer mudanças físicas mas as suas mentes continuam intactas, querem exercer o seu direito de autonomia perante todos de maneira igualitária. Não é porque um indivíduo é mais jovem ou está no começo de sua juventude que tem seus direitos de maneira respeitada, ou que tenha um discernimento mental melhor que um indivíduo de 70 (setenta) anos, pelo princípio da isonomia o direito é para todos independente de qualquer outro fator.

Na nossa atual conjuntura temos inúmeros exemplos de pessoas acima dos seus setenta anos que tem cargo importante, é que não deixa a desejar em hipóteses e momento algum em face de uma pessoa mais nova, pode-se citar Michel Miguel Elias Temer Lulia, que assumiu a presidência do Brasil com seus 75 anos e teve seu mandato até os 79 anos,

totalmente capaz físico e mentalmente, exerceu sua função de Chefe de Estado, nesse período se ele quisesse se casar, ele não poderia escolher seu regime de bens já que tem uma norma proibitiva mesmo ele sendo apto a isso, restringindo lhe seus direitos.

Velhice é apenas uma nomenclatura, um termo, o tempo passa e surgem mudanças em nossa aparência e força, mas no campo do intelecto continua intacto, tudo isso vai muito além de apenas um número “70 anos”, Braga (2011, p. 45) em sua obra diz, “Contudo, a idade cronológica não nos parece o único meio legítimo para situar as pessoas no tempo”.

O Código Civil de 2002 veio com significativas mudanças para a sociedade, de fato havia se uma necessidade de mudança, tendo em vista que o ultimo Código Civil era do ano de 1916, já não se encaixava mais em nosso contexto atual devido às significativas mudanças no decorrer dos anos, porém, todavia em certos pontos o Código de 2002 não foi feliz em algumas mudanças, continuou anacrônico.

No Código Civil de 2002 o artigo 1.641 inciso II deixa bem claro a sua limitação as pessoas que acima dos setenta anos queiram se casar e não podem escolher seu regime de bens ferindo assim o seu princípio da isonomia, dignidade humana e liberdade, ora, se o indivíduo tem capacidade de casar e preenche todos os requisitos para casar não há de se falar no restrito do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

3.1.5 Princípio da liberdade

Com o princípio da liberdade é assegurado a livre vontade contrair matrimônio, divorciar, e o mais importante ter o direito de escolha no regime de bens. Com esse princípio é possível ter autonomia para planejar e executar sua vida familiar de forma imediata e a longo prazo através da livre decisão do casal, na forma que lhe mais lhe beneficie ou adapte a nova situação.

Diniz (2012, p. 45) nos da uma breve deslumbre sobre o princípio da liberdade, vejamos na íntegra suas palavras:

O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

O artigo 1.639 do Código Civil de 2002 não parecer ser coerente com o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, onde um diz que o regime de bens pode ser escolhido conforme achar melhor para sua vida, diz o artigo 1.639 - “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” Em contra partida temos a limitação às pessoas de 70 (setenta) anos, que diz o seguinte em seu inciso II - Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos.

Os dois artigos não estão coerentes em sua redação, o artigo 1.639 pode se observar que ele não restringe a nenhum indivíduo, não a um exceto em sua redação, todavia a de se deduzir que desde que a pessoa tenha os requisitos e capacidade para casar-se pode escolher seu regime de bens independente de sua idade, tendo ela mais ou menos de 70 (setenta) anos.

Essa norma infringe o princípio da liberdade da pessoa, tornando a inconstitucional, por contraria a Constituição Federal de 1988. É evidente que há liberdade de escolha entre os noivos. Não há de se em restrição pelo simples fato de idade, Nader (2016, p 54) narra em sua obra o seguinte “A liberdade não se restringe à convenção sobre determinado bem ou à escolha do regime dentre os previstos na Lei Civil. Permite-se ao casal a adoção de um estatuto próprio, personalizado, que atenda aos seus interesses concretos, estipulado ou não em lei.”

Por fim, o casamento que é regulado por lei deve estar em equilíbrio e sintonia com os desejos dos noivos em contrair matrimônio e a escolha do seu regime.

3.2 Fundamentos da liberdade do idoso

3.2.1 Direitos dos idosos a partir da Lei 10.741/2003 (Estatuto Do Idoso)

O direito tem como fundamento a proteção da coletividade, postura, que influência em toda uma sociedade. Um grupo que estava desamparado pela lei no Brasil era dos idosos, eles não tinham uma lei específica que os protegiam e os resguardavam, o que se tinha era algo muito escasso algo muito limitado e superficial. Tendo em vista que com o controle e campanhas de natalidades nas últimas décadas a população de idosos tem aumentado cada vez mais.

Houve se a partir daí uma necessidade real para que se elaborasse um estatuto, normas para essa crescente comunidade, garantindo lhes assim a seus direitos de fato. Tudo teve iniciativa a partir do projeto lei 3.561/1997 pelo Deputado Federal Paulo Paim do partido dos trabalhadores do estado do Rio Grande do Sul, advindo a essa ideia pela organização e mobilização dos aposentados, pensionista e idosos vinculados a confederação Brasileira dos aposentados e pensionista, conhecido como COBAP.

O decreto lei ficou em tramitação no congresso nacional pelo período de 6 anos e foi aprovado em setembro do ano de 2003 e sancionado pelo presidente da época Luís Inácio Lula da Silva no mês posterior.

De todas as normas vigentes do que diz ao regime patrimonial ao casamento existente, a mais descabida é a atribuída aos nubentes maiores de 70 anos, conforme consta no artigo 1.641 Inciso II do Código Civil de 2002. Evidente que afronta ao estatuto do idoso, impondo limitações da sua vontade, em detrimento apenas se sua idade.

Na atual conjuntura que vivemos presumir que um indivíduo de 70 anos não tem organização mental é totalmente descabido, e vou além, a de se dizer que é totalmente inaceitável tendo um tom preconceituoso. Ninguém se torna incapaz apenas pelo fato de se chegar a uma idade específica, cada pessoa tem uma forma de reagir diferente em idades iguais, uns precisará de maiores cuidados, enquanto outros não de se falar nisso, são totalmente capazes de se cuidar e tem total discernimento e capacidade da sua vida Civil.

Todavia, casamentos que tem como interesse patrimônios pode existir e existem e todas as idades, isso não é uma exclusividade apenas aos maiores de 70 anos, amores incontroláveis e paixões ardentes podem atingir a todas que qualquer idade, sendo eles mais novos ou mais velhos. Por esse motivo, o Código Civil de 2002 precisará passar por uma modificação quanto a esse aspecto, para que se adéque a atual realidade em que se está inserido.

O Estatuto do Idoso (10.741/2003) preconiza que o idoso tem seus direitos fundamentais garantidos e assegurados, sem o seu prejuízo da proteção integral. Vejamos o que diz o artigo 2º do estatuto do idoso:

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.

Os idosos têm todos os direitos fundamentais garantidos e assegurados inerente a outras pessoas de menos idade, podendo usufruir todos esses direitos adquiridos. O Estatuto do Idoso tem como objetivo reafirmar direitos adquiridos que antes vinham sido violados, sem que haja o prejuízo.

Em seu artigo 10º do Estatuto do Idoso a de falar em respeito e dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis individuais e sociais elencadas no caput destacam-se de forma prioritária os direitos mencionados § 1º que diz respeito ao direito à liberdade, o Inciso II que compreende a liberdade de opinião e expressão. Evidencia-se também o § 2º que diz respeito a o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, da autonomia.

Vê-se a seguir o que diz o artigo 10º do Estatuto do Idoso em sua totalidade:

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.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos.

I - faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - prática de esportes e de diversões;

V - participação na vida familiar e comunitária;

VI - participação na vida política, na forma da lei;

VII - faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 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 dignidade da pessoa humana é um princípio que tem seu valor moral e espiritual, Está elencado no rol de Princípios Fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 no seu artigo 1º no Inciso III, Nunes (2002, p. 67) considera ainda “a dignidade da pessoa humana como sendo um supraprincípio constitucional, entendendo que se encontram acima dos demais princípios constitucionais.”

O princípio da dignidade humana é o mais importante de todos no pilar do conhecimento jurídico, sendo ele de suma importância, não foi esquecido de ser citado também no Estatuto do Idoso, é um direito fundamental.

Portanto, é dever do Estado e de toda sociedade de garantir, assegurar todos os indivíduos idosos 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. O idoso tem a liberdade de exercer seus direitos civis conforme consta no estatuto do idoso, podendo assim escolher o regime de bens que melhor lhe couber, na constância de um matrimônio, sem que haja perda de seus direitos e vontade.

3.2.2 Dos direitos fundamentais do idoso

Como já sabemos e aprendemos a lei maior a nossa Constituição de 1988 tem como objetivo prover a igualdade entre todos de forma democrática de direito, de forma expressa em suas linhas proíbe veemente a discriminação em razão da idade. Tendo como base de arrimo os princípios da igualdade e liberdade, não há de se falar em discriminação apenas e, razão de sua idade adquirida ao decorrer das passagens de sua vida, não se pode usar a idade como causa natural de incapacidade Civil.

No que rege ao regime de separação obrigatória expresso no Código Civil de 2002 para cônjuges igual ou maior de 70 (setenta) anos a evidencia inegável ao princípio da isonomia, tendo em vista que o idoso é um ser como qualquer outro, dotada de direitos e deveres, como qualquer outro indivíduo nessa nação. Sabemos que é impossível frear a idade, o tempo há de se passar para todos, isso é inevitável é um fato, mas não é motivo para serem abolidos de alguns de seus direitos adquiridos, como aqui analisado, a escolha do seu regime de bens ao contrair núpcias.

Antes mesmo com o advento do Estatuto do Idoso a Constituição de 1988 em seu artigo 230 já prevê a proteção ao idoso “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”.

Desse modo mesmo a nossa Carta Magna ter assegurado e estabelecido a dignidade do idoso como vimos no parágrafo acima que mesmo assim não foi suficiente o entendimento para a proteção do idoso, nesse empecilho, tiveram então que ser expresso uma lei específica. Essa lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) veio para assegurar ao idoso, garantir seus direitos e não serem excluídos da sociedade.

Como apoio tem-se o pensamento de Rocha (2015, p. 10):

Regras mais específicas, foram, então criadas para regulamentar as leis infra-constitucionais, sempre seguindo os princípios expostos no texto constitucional.

Positivar um direito, é sempre proporcionar benefícios à sociedade, é um avanço, pois, poder-se-á utilizar a nova lei como instrumento para validar reivindicações. O Estatuto do Idoso apresenta um campo fértil e estimulante para que a sociedade se mobilize e exija efetivação das leis em benefício do idoso.

A família e a sociedade têm o papel de protegê-los, assegurando assim, o seu bem estar, a não exclusão perante a sociedade, defendendo a sua dignidade e liberdade que volto a frisar que não se perde em caráter apenas de idade, a traves disso o Estado, através do Estatuto do idoso, vem atribuir normas e leis de forma expressa para com os idosos da maneira mais apropriada.

Entretanto, tais regras expressas não são suficientes para tornar ineficaz o que está contigo no artigo 1.641 Inciso II do Código Civil de 2002, onde sabemos que há uma imposição no que tange ao regime separação total dos bens para os septuagenários.

Todavia, entretanto, volto a reiterar que não se pode levar em consideração a capacidade Civil de uma pessoa apenas pela sua idade. Sabemos que a capacidade Civil é adquirida com o resultado da maioridade e que só se perde com advento em casos extremos, ou por meio de processo judicial de interdição.

Pois bem, se os nubentes têm todos os outros direitos assegurados a praticar em sua vida Civil, como exemplo, pode citar o ato de poder votar, adquirir ou vender bens entre outras coisas, por qual razão o Estado restringe o direito de escolhe o seu regime de bens na constância do casamento que lhe melhor servir ou encaixar? Essa limitação, todavia, se torna totalmente injustificável.

3.2.3 Considerações do artigo 1.641, II Código Civil de 2002 em face das disposições da Constituição de 1988

O artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002 diz “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”. Esse artigo demonstra de forma tendenciosa que os septuagenários não gozam de seus princípios constitucionais sendo eles dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da igualdade pertinente aos cônjuges e autonomia da vontade, todavia, expõe como relativamente incapaz.

Tal norma com intuito de proteger do famoso bordão golpe do baú ultrapassa outros limites de forma que entra em conflito com outros diretos e princípios. Essa proteção ao

suposto vulnerável em contrair casamento, de forma que um dos cônjuges esteja apenas interessado nos bens materiais do outro, fato esse que pode ocorrer em todas as idades e em todas as classes econômicas da sociedade. Norma essa estabelecida em nosso Código Civil de 2002 no dispositivo direito de família que impõe o regime separação obrigatória aos bens aos septuagenários.

Quem sabe em outras épocas da sociedade houve se a necessidade desse regime, pode ser que na época esse regime fosse justificável a realidade daquele tempo. Mas hoje estamos em um contexto de sociedade totalmente diferente da sociedade de anos atrás, o mundo evolui e houve se mudança bem distinta.

Foi visto anteriormente que em nossa legislação em momento algum cita uma pessoa com mais idade como incapaz, aprendemos que idade em nada tem haver com isso, é visto também que uma lei infraconstitucional não pode ir de encontro com uma lei constitucional, nossa constituição é a lei máxima, conhecido também como lei mãe.

É sabido que pode haver golpes na questão de bens através de casamento em qualquer idade, seja aos 18 anos ou mais de 100 anos, sendo assim, caso haja essa necessidade de proteção a todos porque a lei é *erga omnes*, que o Estado procure outra forma para que isso seja respeitado desde que não fere a constituição de 1988, observando aos princípios que nela a e de forma exclusiva que são feridos pelo referido artigo.

A Constituição Federal de 1988 é a nossa raiz dos demais ramos do direito e como a principal regulamentadora de um Estado, a Constituição é formulada com base de conjuntos de princípios fundamentais, não podendo ser infringido nenhum princípio que conste nela, caso contrário achar-se-á ameaçando todo o nosso ordenamento jurídico seguinte.

Bonavides (2007, p. 257) nos esclarece inerente aos princípios:

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.

Temos como base no próprio Código de Civil de 2002 o artigo 1.513 que não se deve interferir na comunhão de vida instituída pela família, tendo em vista que o casamento é algo familiar, vejamos o que diz o artigo Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. O legislador ao elaborar o

artigo 1.641 do Código Civil deixou de observar essa norma, aqui é claro que o Estado não pode intervir e estabelecer o regime de bens que não seja adequado aos cônjuges.

Esse regime é mais pertinente caso haja uma dissolução futura do casal, caso o casamento siga seu rito previsto com a dissolução com a morte de um dos cônjuges, esse artigo tão pouco importa. Tivemos uma melhora um pouco significativa que aumentou se de 60 (sessenta) anos para 70 (setenta) anos pela lei 12.344/2010. Diante de tal imposição do referido argumento Braga (2011, p. 56) diz:

Em dezembro de 2010, a lei 12.344 alterou a redação do inciso II do artigo 1641 da lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2.002 (Código Civil), para aumentar para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento. Isto é um absurdo e uma falta de conhecimento do direito do idoso. Ao invés de revogar este artigo, o legislador federal mais uma vez expropriou o idoso de seu direito de escolha do regime de bens, pressupondo sua incapacidade Civil e contrariando o artigo 1º do Código Civil de 2002. Esta pressuposição é que é totalmente ilegal e inconstitucional, uma vez que o idoso, em razão de sua idade de 70 anos, não está incluído em nenhuma das previsões de incapacidade contidas nos artigos 2º e 3º do atual Código Civil.

Fica evidente que não há poder de escolha, limitando o indivíduo acima de 70 (setenta) anos, fere seu princípio da liberdade em face do seu caráter personalíssimo, julgamento apenas pela sua idade, no que diz respeito tem-se o pensamento da honrosa jurista Dias (2012, p. 256):

A forma encontrada pelo legislador de para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de se casar é impor sanções patrimoniais. Para todas as outras previsões legais que impõe a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. [...] Mas, com relação aos idosos, há previsão juris et de jure de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição de INCOMUNICABILIDADE é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal. Nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, pode o juiz excluir dita pena (CC 1523). Tal chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade de seu amor, sua higidez mental e que nem tem família para deixar os bens. Não há opção.

O legislador, todavia, equivocou-se ao reproduzir esse artigo tendo como base ao Código Civil de 1916 onde o contexto da época é totalmente diferente do que vivemos atualmente, tendo como entendimento retrógrado e um tanto preconceituoso por dos juristas. Chega a ser uma afronta aos princípios constitucionais atualmente vigentes. A sociedade em alguns aspectos ainda se mostra antiga e patrimonialista no que diz respeito aos cônjuges acima de 70 (setenta) anos.

O Código Civil, ao determinar uma regra fixa, priva a vontade da pessoa, não se leva em consideração e ao desejo entre os nubentes em contrair matrimônio de estabelecer uma vida juntos rodeadas de carinho e ajuda mútua, onde um ajudara ao outro cuidar do seu patrimônio, isso independe de idade.

É desnecessária a intromissão do Estado à vida particular, na sua autonomia privada, de que a idade torna as pessoas incapazes ou relativamente incapazes de discernir seus atos na vida Civil, sendo verdade, que a convivência com eles nessa idade em nossa atual sociedade demonstra de forma clara o contrário.

Como dito anteriormente destaque-se que idade mais avançada não é fator determinante por si só a incapacidade, se falar em incapaz essas restrições podem ter proibições mais severas, podendo chegar à nulidade absoluta do próprio casamento. Não se pode levar apenas em consideração e presumir que a união entre duas pessoas acima de 70 (setenta) anos se dará apenas pelo fator interesse econômico, há de se falar também e presumir que haverá um esforço mútuo de ambos de preservar esse patrimônio depois da constância do casamento.

Tem se conhecimento que algumas pessoas não possuem discernimento para gerir seu patrimônio que adquiriu até na constância da incapacidade, que para tal evento devem passar por um processo judicial de interdição de seus atos mediante ao seu patrimônio, mas isso independe de idade, podem elas ser acima dos setenta anos ou menos que essa idade, em qualquer idade ou momento de sua vida possa através de uma situação específica afastar-lhe a capacidade plena.

O Código Civil de 2002, juntamente com a Constituição de 1988, não legisla sobre a senilidade como causa de incapacidade Civil, até porque, nesse estágio de vida as pessoas não perdem sua lucidez.

Assim, sem mais, a ordem constitucional tendo como base os princípios que ela elenca, em face do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 no seu inciso II, não estão em harmonia ferindo assim a carta Magna. Tartuce (2011, p. 350, 351) faz referências a várias razões pela inconstitucionalidade desse artigo, veja a seguir:

A primeira Justificativa é que a norma discrimina o idoso, afrontando o artigo 5º da Constituição Federal. A segunda razão é que atenta contra a liberdade do indivíduo, fundada na sua dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88). A terceira é o desprezo ao afeto, fundado no princípio da solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I, da CF/88). A quarta justificativa é de que a norma protege excessivamente os herdeiros, sendo pertinente citar o dito popular que aduz: filho bom não precisa, filho ruim não merece. A quinta, e última, está relacionada à conclusão de que não

se pode presumir a incapacidade de escolha de pessoa que tem mais do que essa idade.

Temos também o pensamento de Dantas (2010, p. 56) inerente ao tema, ressaltando que “a apreciação da constitucionalidade das leis e atos apresenta-se, em última análise, como a garantia maior de defesa da liberdade individual, sabedora de que esta não ficará a mercê dos caprichos e vontades daqueles que, mesmo temporariamente, estão no poder.” Há de se falar que o artigo 1.641, II em nosso atual contexto histórico preza se pela inconstitucionalidade.

Toda lei deve estar em conformidade com a Constituição de 1988, uma lei que não leva em consideração a Carta Magna não possui força obrigatória, pelos motivos explanados aqui, fica evidente que o Inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil de 2002, mesmo vindo anos após a nossa Constituição de 1988 não se mostra compatível na ordem jurídica vigente atualmente.

CONCLUSÃO

No Código Civil de 1916 o regime de separação obrigatório de bens já estava expresso, depois de 86 anos surge um novo Código que tem o intuito de ser novo e atualizado e de acordo com contexto da sociedade desse século, porém, todavia essas idéias ficaram apenas na vontade e no papel, sendo suas mudanças assim não tão significativas, mas mesmo assim em 2002 surge o novo Código Civil. Sendo que 14 anos antes foi promulgado a nova Constituição do Brasil em 1988 sendo considera a Carta Magna mais atualizada sobre todos os temas pertinente ao Estado e por considerar os direitos fundamentais das pessoas.

Após esse breve contexto histórico levantou se alguns pontos de análise, como todos já sabemos a Constituição de 1988 sendo norma fundamental do Estado Democrático de Direito é lei suprema que não pode ser contrariada por nenhuma outra lei expressa. Dessa forma tendo em vista o artigo 1.641, II CC não se pode levar em consideração a Constituição já que não possui força obrigatória por ferir os princípios fundamentais.

Quando se impõe tal restrição aos idosos de idade igual ou superior a 70 (setenta anos) tendo eles capacidade e discernimento para gerir seu patrimônio da forma que melhor lhe convém e passar por cima de seus direitos fundamentais adquiridos na Carta Magna de 1988, como princípio da dignidade da pessoa humana, afetividade, isonomia, liberdade.

O legislador ao elaborar essa norma teve a atenção de proteger aos idosos para um possível golpe, atitude essa louvável para época onde os idosos ao chegar aos 60 anos de idade presumiam em sua maioria haver ia necessidade da figura do curador, já que a expectativa de vida da época era de 33,7 anos, não é de se espantar que essa expectativa hoje mais que dobrou devido às mudanças e ao avanço tecnológico e da medicina. Hoje a figura de um septuagenário em sua maioria não é de ter um curador ou sentado em sua cadeira esperando a morte chegar se definhando dia a pós dia.

Hoje eles são ativos cheios de saúde, tem sua capacidade plena, seu discernimento e sua memória tão boa como uma pessoa de menos idade. Hoje um indivíduo acima de 70 (setenta) anos trabalha, sustenta sua família pelo fato de terem filhos mais velhos, são executivos, professores e até mesmo chefes de Estado, inseridos em toda seara política e as profissões existentes no país.

Tal ideia, ao invés de proteger como foi à ideia original faz se ao contrário, prejudica o indivíduo em sua vida Civil, privando-lhes de seus direitos fundamentais, pelo fato dele não pode escolher a melhor maneira ou a que encaixe em sua vida matrimonial.

Por essas mudanças na sociedade o Estado tem mudar e procurar outra forma de punir aqueles que contraem matrimônio unicamente com o intuito de dar um golpe e roubar seus bens. Qualquer idade sendo ele mais novo ou mais velho está sujeito a cair em um golpe desse. Por que o Estado não cria um artigo onde que se for identificado como um golpe rege se o regime de comunhão parcial de bens independente do regime de bens escolhido no matrimônio e esse que aplicou o golpe responde se na esfera criminal. Hoje com toda essa tecnologia e cada dia mais avançando, há de se falar que é quase impossível viver escondido de alguém.

Sendo assim, esse artigo não deve ser continuado em sua eficácia limitando se apenas pela questão da idade para definir a escolha do regime de bens no casamento, pois como dito anteriormente e analisado encontra em desconformidade com o que foi consagrado na atual Constituição de 1988.

Não é de hoje nem uma surpresa que países seguem um padrão parecido ou até mesmo igual de outros países em seu ordenamento jurídico, o que não se serve para um país pode servir de inspiração ou adaptações para outras leis. No ordenamento jurídico brasileiro isso não foi diferente, sendo nosso ordenamento advindo do direito romano e pelos países europeus como Portugal, França, Itália e Alemanha.

Com a atual globalização e com a facilidade dos países se comunicaram de forma mais fácil e rápida a fim de propor acordos internacionais entre si, além da situação econômica entres outras temos também a questão jurídica que rege cada país de em certo momento tentam se harmonizar com outras nações, com normas basilares do direito privado.

Esses acordos entre países além de resguardar a economia e ter acesso facilitado entre as nações há de se falar também as relações jurídicas em diversas áreas incluindo nessa seara o Civil, incluindo assim a integralização dos bens para a sociedade conjugal. Temos que ressaltar que essa facilidade de convívio entre nações pode se gerar novas famílias e a vir constituir bens e possivelmente devemos ter em mente que possa haver uma ruptura de união, e os direitos desses países devem estar em harmonia.

Na Argentina temos um sistema de bens misto que consiste em igualdade jurídica entre os cônjuges. Nesse regime não cabe imposição por idade única objeção que feita é que precisa da autorização do outro cônjuge no caso de alienação do imóvel. E se houver uma

possível separação, cada um recebe seus respectivos bens junto com os lucros que lhe é de direito para cada.

No Uruguai não há de falar em idade para reger os seus bens no matrimônio, lá existe as convenções matrimoniais podendo ser escolhidas o que melhor se adaptar ao cônjuge, não se pode, no entanto, é agredir os bons costumes.

Já o Paraguai tem 3 (três) regimes de bens que pode ser adotado pelos cônjuges, no que achar ou se adaptar melhor na constância do casamento. Temos a Comunhão dos Lucros sob a administração conjunta, a Participação Diferida e Separação de Bens. Pode ser escolhido qualquer um dos três regimes no Paraguai mediante convenções, destaco que nesses regimes em nenhum deles a restrição no que se refere à idade.

O Código chileno no país do Chile as questões dos bens do matrimônio ficam em uma área diferente do nosso, enquanto os deles ficam na área de contratos o nosso fica em família. Os chilenos entendem que a celebração de matrimônio é na verdade uma forma de contrato solene entre os noivos e com essa relação vem os direitos e deveres de um para com o outro.

No Chile não se tem a figura da idade em face do regime de bens dos seus nubentes.

Nos Estados Unidos a forma de separação é bem simplificada, são amparados por dois regimes independentemente de idade. Temos a Lei Pública ou Direito Costumey e temos o segundo regime que é Comunhão de Bens.

Já o regime de Comunhão de Bens ele já é mais limitado, estando em uso apenas em 9 Estados dos Estados Unidos, sendo eles Arizona, Califórnia, Idaho, Louisiana, Nevada, Novo México, Texas, Washington e Wisconsin. Nesse regime de bens eles são divididos em duas categorias que é denominado como bens do matrimônio e bens separados.

Vimos alguns regimes de bens de alguns países diferente ao nosso, nota se que em nenhum desses países usa se da figura da idade como impedimento para reger sobre o patrimônio dos nubentes. Os Estados Unidos da América é uma nação desenvolvida em contra partida o Brasil ainda é subdesenvolvido e em nenhum dessas nações a restrições ao idoso ao contrair núpcias inerentes ao seu regime de bens.

Ora se tais figuras em outras nações da idade não existem e mesmo assim não há de se falar em prejuízo aos nubentes, porque que seria diferente aqui no Brasil. Temos exemplos de países desenvolvido e subdesenvolvidos como o Brasil. Frisa-se, essa norma proibitiva nossa é retrograda e preconceituosa advindo nas nossas raízes patrimonialistas.

Por fim, pelos motivos aqui aclarados, enxerga-se que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 por não estar em acordo com as normas jurídicas vigentes torna se inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO.F.R. **Decisão STJ**. Disponível em <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTMwMzk=>>. Acesso em 05/04/2019.

BARBOSA. R. **Você sabia que inexistente limite máximo para os atos da vida Civil?**. Disponível em <<http://www.gm.adv.br/informativos/234-voce-sabia-que-inexistente-limite-maximo-de-idade-para-os-atos-da-vida-Civil>>. Acesso em 05/04/2019.

BARONI. C. C. Arethusa, Flávia Kirilos Beckert, Laura Roncaglio de. **Regime da separação obrigatória legal de bens**. Disponível em <<https://direitofamiliar.com.br/regime-da-separacao-obrigatorialegal-de-bens/>>. Acesso em 05/04/2019.

BARROSO. L.R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BLASIUS. A. L. **Evolução histórica e prática do instituto de regime de bens**. Disponível em <<http://www.kustermachado.adv.br/evolucao-historica-e-pratica-do-instituto-do-regime-de-bens/>>. Acesso em 05/04/2019.

BONAVIDES. P. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, P. M. V. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Emendas Constitucionais**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05/04/2019.

COELHO. F. U. **Curso de direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 1
Constituição Federal anotada e explicada / Nelson Nery Costa; **prefacio de Evandro Lins e Silva**. – 5.a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CALDERÓN. R. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO.F. P. Guilherme Ribeiro de, Matheus, Jeferson Botelho. **Reflexões jurídicas sob o art. 1641**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/62533/reflexoes-juridicas-sobre-o-art-1641-ii-do-CCb-no-tocante-a-obrigatoriedade-do-regime-de-separacao-de-bens-para-maiores-de-70-anos>>. Acesso em 05/04/2019.

COLTRO. O. P. Antônio Carlos Mathias, Guilherme, Tânia. **Cuidado e Afetividade**. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA. M. **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6. ed. – Barueri, SP: Manole, 2015.

DANTAS. I. **O Valor da Constituição**. 3. ed. (Edição histórica). Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS. I. C. **União Estável – Regime da separação obrigatória – Início da convivência – Qualificação Registral**. Disponível <<http://iregistradores.org.br/uniao-estavel-regime-da-separacao-obrigatoria-inicio-da-convivencia-qualificacao-registral/>>. Acesso em 04/04/2019.

DIAS. M. B. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ. M. H. **Curso de direito Civil brasileiro**. vol. 5. 29. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREIRE. K. **Resumo: Princípios norteadores do Direito de Família**. Disponível em <<https://kaiquefreire3.jusbrasil.com.br/artigos/323429513/resumo-principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em 05/04/2019.

FREITAS. J. M. **Direitos e garantias do idoso : doutrina, jurisprudência e legislação** . 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO. P. F. **Novo curso de Direito Civil**. vol 1: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Novo curso de Direito Civil**, vol 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GERBER. D. **Regime obrigatório de separação de bens: pessoa maior de 70 (setenta) anos**. Disponível em <<https://advocaciaaranega.jusbrasil.com.br/artigos/576186928/regime-obrigatorio-de-separacao-de-bens-pessoa-maior-de-70-anos>>. Acesso em 05/04/2019.

GONÇALVES. C. R. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES. C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Ed. 11°. São Paulo: Saraiva. 2014.

LIMA. E. A. **Regimes matrimoniais diante dos princípios constitucionais vigentes – alguns apontamentos**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17508&revista_caderno=14>. Acesso em 05/04/2019.

LOBO. P. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>>. Acesso em 05/04/2019.

MADALENO. R. **Curso de Direito de Família**. 4ª ed. 2016.

MARTINS. L. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012.

NADER. P. **Curso de direito Civil, parte geral**. vol. 1. 10.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NUNES. L A. R. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO.P. W., BARROS. A. C. F. **Curso de Direito Civil**, v. 1: parte geral – 45. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

_____.e TAVARES. R. B. **Curso de Direito Civil 2: direito de família**. 43. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

_____. **Curso de direito Civil**. 33. Cd., São Paulo, Saraiva, 1996.

NUNES. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA. E. G. **Estatuto do Idoso: Um avanço legal**. Revista da UFG, 2015.

SALEME. E. R. **Direito constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2011.

SCALQUETTE. A. C. S. **Família e sucessões**. 7. ed. -- São Paulo : Atlas, 2014.

SENA FILHO. A. M. **A inconstitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil Brasileiro**. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.50484>>. Acesso em 04/04/2019.

SILVA, P. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967, p. 526.

SLAIBI FILHO. N. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES. R. M. F. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRAL. C. **Princípio da Afetividade**. Disponível em <<https://blog.cristianosobral.com.br/o-principio-da-afetividade/>>. Acesso em 05/04/2019.

TANAKA. S.Y. K. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE. F. Artigos 1.639 A 1.657 CC. In.: **Código das Famílias Comentado**. Coord. Leonardo Barreto Moreira Alves. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TARTUCE. F.; SIMÃO. J. F. **Direito Civil: Direito de Família**. 5º vol., 6. Ed. São Paulo: Método, 2011.

VADEMECUM. **Método – legislação**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA. S. S. **Direito Civil 6: Direito de Família**. Ed. 14º. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

WEYNE. B. C. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.