

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Júnior Guilherme Sisnande

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE
BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE**

Santa Cruz do Sul
2018

Júnior Guilherme Sisnande

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE
BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso
de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Pós Dr.^a Fabiana Marion
Spengler

Santa Cruz do Sul

2018

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso possui como objetivo geral, analisar a questão da (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens no que diz respeito ao casamento de pessoas acima dos setenta anos de idade. E para isso, estudar os regimes de bens matrimoniais de acordo com o Código Civil, seus objetivos e consequências antes, durante e após o casamento. Compreender a aplicação dos princípios presentes na Constituição Federal frente aos direitos dos idosos, dos ideais de igualdade e usufruto do patrimônio particular da terceira idade, e a sua ligação com o artigo 1641, inciso II do Código Civil e analisar a (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens aplicado às pessoas com mais de setenta anos de idade, de acordo com os princípios constitucionais e o Código Civil no que diz respeito ao casamento de pessoas desta faixa etária. Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada consiste no questionamento a ser feito considerando que a população idosa brasileira cada vez mais tem superado os desafios da idade, se adaptando às mudanças que a sociedade contemporânea exige, mostrando-se plenamente capaz e sadia, é constitucional não permitir também aos septuagenários o direito de decidir sobre o seu próprio regime de bens? Para dar conta desta tarefa, utiliza-se o método de abordagem dedutivo para estudar o grupo de pessoas atingidas pelo dispositivo previsto no artigo 1641, inciso II do Código Civil Brasileiro, e os efeitos deste para a sociedade. A pesquisa será conduzida através da análise de fatores contrários a esta norma e a questão da (in)constitucionalidade, por meio de pesquisas doutrinárias e jurídicas da atualidade, bem como consulta ao acervo das Bibliotecas da UNISC, buscando sites e revistas. Por fim, pode-se inicialmente afirmar que, o ordenamento jurídico brasileiro age de forma conservadora e limitadora de direitos quanto ao regime de bens dos septuagenários. Possuindo o dispositivo supracitado um viés retrógrado e inconstitucional.

Palavras-chave: Direitos. Família. Idosos. Inconstitucionalidade. Regime de bens.

ABSTRACT

This work has the general objective of analyzing the question of (in) constitutionality of the obligation of separation of property in relation to the marriage of persons over seventy years of age. And for that, study the regimes of matrimonial property according to the Civil Code, its objectives and consequences before, during and after the marriage. To understand the application of the principles contained in the Federal Constitution regarding the rights of the elderly, the ideals of equality and usufruct of the private patrimony of the elderly, and its connection with article 1641, section II of the Civil Code, and to analyze the (in) constitutionality of compulsory separation of assets applied to persons over seventy years of age, in accordance with the constitutional principles and the Civil Code with respect to the marriage of persons of this age group. In this context, the problem to be faced is the questioning to be made considering that the Brazilian elderly population has increasingly overcome the challenges of age, adapting to the changes that contemporary society demands, showing itself to be fully capable and healthy, it is constitutional not even allow septuagenarians the right to decide on their own property regime? In order to deal with this task, the method of deductive approach is used to study the group of people affected by the device provided for in article 1641, section II of the Brazilian Civil Code, and its effects on society. The research will be conducted through the analysis of factors contrary to this norm and the question of (in) constitutionality, through current doctrinal and juridical research, as well as consulting the collection of the UNISC Libraries, searching for websites and magazines. Finally, one can initially affirm that, the Brazilian legal system acts in a conservative and limiting of rights regarding the property regime of septuagenarians. The above-mentioned device has a retrograde and unconstitutional bias.

Keywords: Elderly. Family. Regime of goods. Rights. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	REGIMES DE BENS	8
2.1	O casamento	8
2.2	Os regimes de bens.....	12
2.3	Os regimes de bens obrigatórios	16
3	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	21
3.1	Dignidade da pessoa humana	22
3.2	Igualdade perante a lei	25
3.3	A liberdade e a vida privada.....	29
4	A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE	34
4.1	A vida do septuagenário	34
4.2	A discriminação presente no artigo 1641, inciso II do Código Civil.....	37
4.3	Comportamento jurisprudencial.....	42
5	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema principal os regimes de bens, mais especificamente aquele aplicado aos maiores de setenta anos de idade, conforme o Código Civil brasileiro, com destaque ao seu artigo 1641.

Assim, o objetivo geral deste estudo é analisar a provável inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos. Ou seja, possui como objetivo analisar a questão da (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens no que diz respeito ao casamento de pessoas acima dos setenta anos de idade.

Dentro desse contexto, possui como objetivos específicos: analisar os regimes de bens matrimoniais de acordo com o Código Civil, seus objetivos e consequências antes, durante e após o casamento. Dando enfoque ao regime de separação obrigatória.

Compreender a aplicação dos princípios presentes na Constituição Federal frente aos direitos dos idosos, dos ideais de igualdade, liberdade e dignidade das pessoas e o usufruto do patrimônio particular na terceira idade, além da sua ligação com o artigo 1641, inciso II do Código Civil.

Investigar a (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens aplicado às pessoas com mais de setenta anos de idade, de acordo com os princípios constitucionais e o Código Civil no que diz respeito ao casamento de pessoas desta faixa etária.

A problemática apresentada concentra-se na questão do porquê ocorre a limitação de direitos aos idosos se a sua capacidade física e mental se mostra plena e ativa. Qual seria a justificativa para a imposição de um regime de bens para um septuagenário?

Uma vez que, com a instauração da Constituição Federal de 1988, conhecida como “a Constituição Cidadã”, novos princípios foram introduzidos ou resgatados no direito brasileiro, dentre eles destacam-se os de igualdade e dignidade da pessoa humana.

Já em 2002, o legislador brasileiro criou um Código Civil, considerado inovador, por buscar se adequar às novas normas constitucionais, introduzidas ainda no século anterior. Entretanto, em seu artigo 1641, a referida lei implementou o regime de separação obrigatória de bens a todos que possuíssem mais de sessenta

anos. De imediato, tal dispositivo foi considerado inconstitucional, por ser contrário aos princípios constitucionais de igualdade e dignidade. Nesse sentido, em 2010, tal inciso foi alterado, passando a vincular apenas indivíduos acima dos setenta anos.

Considerando que a população idosa brasileira cada vez mais tem superado os desafios da idade, se adaptando às mudanças que a sociedade contemporânea exige, mostrando-se plenamente capaz e sadia, é constitucional não permitir também aos septuagenários o direito de decidir sobre o seu próprio regime de bens?

Para responder a essa pergunta utilizar-se-á para a pesquisa o procedimento monográfico e o método de abordagem dedutivo para estudar o grupo de pessoas atingidas pelo dispositivo previsto no artigo 1641, inciso II do Código Civil brasileiro, e os efeitos deste para a sociedade. A pesquisa será conduzida através da análise de fatores contrários a esta norma e a questão da (in)constitucionalidade, por meio de pesquisas doutrinárias e jurídicas da atualidade, bem como consulta ao acervo das Bibliotecas da UNISC, buscando sites e revistas confiáveis como dos Tribunais de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, e a página virtual do JusBrasil.

No desenvolvimento do trabalho o tema foi distribuído em três capítulos principais, cada um destes composto por três subcapítulos.

O primeiro capítulo apresenta o casamento de uma forma geral, quais são os requisitos para casar, o funcionamento e conceito do pacto antenupcial e um breve histórico da evolução da ideia de matrimônio no ordenamento jurídico brasileiro. Os quatro tipos de regimes matrimoniais de bens, com ênfase ao regime de separação obrigatória.

No segundo capítulo apresentam-se os princípios constitucionais previstos na Magna Carta que dão embasamento à ideia de inconstitucionalidade do referido regime de bens. A dignidade da pessoa humana como conceito amplo, englobando o bem-estar físico, social e moral do indivíduo, suas necessidades básicas, seu conforto e amparo perante a legislação em vigor. a igualdade das pessoas perante a lei, partindo da ideia de que todos são iguais por natureza e é dever do estado garantir essa igualdade também no que se refere ao direito. E o princípio da liberdade, diretamente ligada à intimidade humana, mais do que o ideal de ser livre, mas também de possuir a plena autonomia de vontade para a tomada de decisões no que diz respeito à sua vida privada.

O terceiro e último capítulo do trabalho traz consigo mostras e dados estatísticos do aumento na expectativa e qualidade de vida da população idosa brasileira nas últimas décadas. Além de apresentar a questão da inconstitucionalidade frente à realidade dos septuagenários mostrando a discriminação imposta a eles. E ainda, como a jurisprudência tem se comportado frente ao referido artigo e à súmula 377 do Supremo Tribunal Federal.

De forma que o tema abordado se mostra de grande importância para análise do legislativo brasileiro, pois interessa diretamente toda a população idosa do país, uma vez que não se trata apenas da hipótese de casamento de uma ou duas pessoas acima dos setenta anos de idade. Mas também, da conquista e manutenção de direitos adquiridos constitucionalmente através dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

2 REGIMES DE BENS

Antes de tocar no assunto referente ao regime obrigatório de bens para maiores de setenta anos e suas implicações, é necessário compreender a estrutura do casamento e os regimes de bens de forma geral. A análise mais ampla, mesmo que superficial sobre o matrimônio e suas variáveis favorece uma melhor compreensão sobre a problemática apresentada.

Pois a proposta do presente trabalho não se restringe ao regime de separação obrigatória de bens em si, mas também o contexto em que este se dá, de acordo com a realidade de vida da população brasileira com mais de setenta anos e com a estrutura dada ao ente familiar em nossa legislação.

Já que o casamento é tido como a mais importante das instituições de direito privado, por ser uma das bases do ente familiar e pelo seu poder dentro da sociedade. Junto a isso, o matrimônio é parte fundamental para a moral, cultura e sociedade brasileiras. (DINIZ, 2002, p. 39).

2.1 O casamento

O casamento é considerado entre os doutrinadores, como um contrato, especial e distinto dos demais contratos patrimoniais. Pois não se estabelece apenas uma relação entre patrimônios, mas também, entre indivíduos que farão parte de um novo ente familiar. É um estado de vida, uma união da qual nascem filhos e tem-se a reciprocidade de direitos e obrigações conjugais. (RIZZARDO, 2006, p. 21).

Até 1889, ou seja, antes da instauração da República, só existia o casamento religioso no Brasil. Como a religião católica era a única reconhecida, apenas os católicos tinham acesso ao matrimônio. Anos depois, com a chegada do Código Civil de 1916 o casamento ainda possuía um viés altamente patriarcal e indissolúvel. Havia a possibilidade do desquite, que não colocava fim ao vínculo matrimonial, e não permitia novo casamento. Décadas mais tarde, já com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), a visão matrimonializada da família permaneceu, o desquite transformou-se em separação, porém, ainda eram necessários longos períodos de espera até o fim do processo. (DIAS, 2013, p.153).

Mas em 1988, com o advento da nova Constituição Federal, conhecida como constituição cidadã, uma nova realidade foi imposta ao ordenamento jurídico nacional. Pois, abriu-se espaço para um novo conceito de ente familiar, que passou a ir além do casamento, dando-se proteção aos vínculos monoparentais (formados por um dos pais com seus filhos) e também a união estável. (DIAS, 2013, p.154).

Em 2002, o novo Código de direito Civil Brasileiro inovou, passando a tratar o regime matrimonial de bens da imutabilidade absoluta, para a mutabilidade motivada ou justificada. A imutabilidade, permaneceu sendo a regra, no entanto caso seja comprovada a necessidade em situações especiais, mediante sentença judicial, após terem sido demonstrados e comprovados os motivos em procedimento judicial voluntário, o regime de bens adotado inicialmente pelo casal poderá ser modificado. (GONÇALVES, 2012, p. 2012).

Porém, para casar, faz-se necessária a capacidade civil de exercer atos e a tomada de decisões, de forma mais ampla a capacidade pode ser entendida como a aptidão ou idoneidade que uma pessoa (física) possui para satisfazer os seus direitos e cumprir com suas obrigações. (SOARES, 2004, p. 171).

No entanto, há casos em que a capacidade de um, ou de ambos os nubentes está sujeita à aprovação de seus responsáveis legais. Por exemplo, quando os noivos se encontram com idade inferior aos 18 anos.

E,

Quando houver necessidade de consentimento dos pais, ou dos tutores ou curadores, para o casamento, e isso for negado, o interessado promoverá a competente ação de suprimento de consentimento, com a participação do Ministério Público [...], a fim de que sejam ouvidos aqueles a quem cabia consentir e não assistiram o ato, perante o juiz. (SOARES, 2004, p. 173).

Pois para o direito brasileiro, o casamento estabelece um vínculo jurídico dentro do casal. Presume-se que com ele, venha surgir uma convivência de auxílio e integração, não apenas de forma física, mas também mental, além da criação e sustento de eventual prole. De forma que se exige que haja um regime de bens para orientar e determinar as escolhas dos cônjuges quanto aos seus bens durante o matrimônio, antigamente esse regime era imutável, mas com o avanço político social que o país sofreu nas últimas décadas este quadro mudou. (VENOSA, 2012, p. 27).

Atualmente a proteção aos cônjuges a respeito da mutabilidade do regime de bens é assegurada, uma vez que para tanto, se faz necessário que o pedido seja

realizado por ambos, e que fique comprovada a real necessidade de tal medida. Vale destacar que a proteção à terceiros também deverá ser observada pelo juiz competente na sentença judicial, com todas as cautelas. (MONTEIRO, 2004, p. 187).

Previstos entre os Artigos 1639 e 1688 do Código Civil de 2002, os regimes de bens têm como objetivo principal, reger a vida patrimonial do casal, protegendo-os e administrando-os para garantir a segurança das posses da família e sustento dos filhos. Acerca disso:

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração dos bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2014, p. 442).

Portanto, o regime matrimonial não visa estabelecer regras apenas nos casos de divórcio, pois o casal, ao se separar, necessita de um condutor para a divisão de suas posses, sejam elas anteriores ou não ao matrimônio.

Existem outras questões, de cunho secundário, onde a escolha dessa regulamentação influencia direta ou indiretamente, como a responsabilidade dos pais de zelarem pela subsistência dos filhos, o usufruto dos bens que marido e mulher possuam e a aquisição de novas propriedades (em sentido amplo) pelo ente familiar.

Sendo que o sustento da família não está limitado à moradia, alimentação, vestuário e gastos com saúde, pois também é dever de ambos o atendimento mútuo de um com o outro e também para com seus filhos, sejam eles bilaterais ou não, adotivos ou legítimos. Nesse contexto encontram-se ainda abrangidos os aspectos sociais, culturais, profissionais e escolares. (RIZZARDO, 2006, p. 183).

Já que, ao se casarem, homem e mulher possuem bens anteriores ao relacionamento e adquirirão novos durante a vida conjugal. Esses bens que porventura venham a ser conquistados podem ser provenientes do seu próprio esforço através de atividades laborais ou, mediante doação ou sucessão. (ESPÍNOLA, 2001, p. 357).

De forma que,

Assim, a família, por mais que livre seja e que tenha existência natural, reclama o regramento do complexo de direitos e deveres, que dela nasce, para que, ao lado dos sentimentos próprios da união fática, exista um clima de responsabilidade, indispensável à segurança dos conviventes e de sua prole. (AZEVEDO, 2001, p. 25).

Os ordenamentos jurídicos, em maioria, apresentam várias opções aos nubentes quanto à forma do regime a ser escolhido. No Brasil, o Código Civil traz consigo quatro possibilidades: o regime de separação (total) de bens, o regime de comunhão parcial, a comunhão universal e a separação final nos aquestos.

O regime de bens é acordado pelos nubentes no pacto antenupcial, que se trata de uma escritura pública onde se faz necessária a anuência de ambos, marido e mulher para que haja eficácia. Ficando sob condição suspensiva até a celebração do casamento. (SOARES, 2004, p. 497).

Sendo o pacto uma convenção solene e pública, pelo meio da qual os nubentes expõem a sua vontade quanto ao regime de bens, realizado de forma anterior ao próprio matrimônio, podendo eles estipularem aquele que melhor atender aos seus interesses. Porém o pacto antenupcial presume um posterior enlace matrimonial, uma vez que, caso este não venha a se concretizar, perde o valor, o pacto firmado em cartório. (RIZZARDO, 2006, p. 623).

Quando o assunto é a duração ou o término da relação matrimonial, embora sujeitem-se às vontades da lei, devem os cônjuges agir por interesse próprio, partindo a iniciativa de ambos ou de apenas um dos consortes. Nos casos de divórcio consensual onde, tanto o marido quanto a esposa demonstram o interesse no fim da relação conjugal, e nos casos em que apenas um, através do divórcio por via de pedido unilateral pretende desfazer o casamento. (MONTEIRO, 2004, p. 25).

Cabe lembrar, todavia, que não houve ainda no ordenamento jurídico brasileiro qualquer inovação legislativa no que diz respeito a admissão de novas formas de entidades familiares, sendo a bigamia ou poligamia ainda proibidas, porém, não se descarta a possibilidade de reformas nos mais variados sentidos, cabendo aos doutrinadores e à jurisprudência o papel de buscar soluções e entendimentos que norteiem a adequação da lei à realidade social. Contudo, prevalecendo o princípio de igualdade e inclusão, todas as regras pessoais e patrimoniais do casamento civil entre pessoas de sexos distintos, são aplicadas também aos matrimônios de indivíduos do mesmo sexo. (TARTUCE, 2012, p. 37).

Vistos os princípios básicos do enlace matrimonial, percebe-se ainda, a necessidade de explorar todos os regimes de bens, que, via de regra, são passíveis de escolha pelos nubentes no ato do pacto antenupcial, para que se compreenda do que estão sendo privados os idosos brasileiros com a aplicação do artigo 1641 do Código Civil.

2.2 Os regimes de bens

Sobre os regimes de bens do direito brasileiro, é possível afirmar que, de acordo com a legislação vigente:

Podem os contraentes, destarte, adotar um dos quatro tipos previstos em lei, como combiná-los entres si, compondo assim regime misto, desde que suas disposições não se tornem incompatíveis. Podem ainda adotar o regime, mencionando-o apenas pela rubrica [...], pelos artigos de lei que os disciplinam, e, ainda, pelos preceitos concretos que os regem, sem descer à sua denominação especial ou à indicação dos dispositivos legais. (MONTEIRO, 2004, p. 184).

Nesse sentido, a existência dos regimes de bens é necessária, pois o casamento não pode subsistir sem ele. Mesmo que os nubentes não demonstrem a preferência por uma das opções prevista no Código Civil, a lei suprirá essa não manifestação, disciplinando o regime de comunhão parcial. Mas enquanto o casamento é cercado de formalidades e normas impostas, os regimes matrimoniais se mostram bastante flexíveis. (VENOSA, 2012, p. 328).

No que diz respeito à comunhão parcial de bens, também conhecido como comunhão de adquiridos, encontra-se disposto entre os artigos 1658 e 1671 da Lei 10.406 de 2002 (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>). Nele comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, aqueles que tenham sido adquiridos na constância da vida conjugal, como fruto de seu trabalho em conjunto e com administração mútua do patrimônio.

Neste regime, cada nubente guardará para si o patrimônio obtido antes da celebração do matrimônio. Somente se comunicarão os que forem conquistados após o casamento. Assim, em caso de separação, divórcio, morte ou ocorrer a anulação do casamento, dissolve-se a união e cada cônjuge guardará para si os bens que houver trazido consigo antes da constância do casamento e serão divididos somente os que forem fruto dos rendimentos do casal dentro do

matrimônio. Este é o regime adotado caso os nubentes não optem por nenhum outro no pacto antenupcial, ou caso a escolha seja considerada nula. Nele existem três massas de bens: os bens do marido, os bens da esposa e os bens do casal.

Motivo pelo qual também é chamado de regime legal ou supletório, pois será adotado nos casos em que o casal, por sua própria vontade não eleja um o regime matrimonial que melhor lhes convenha e também nos casos de nulidade quanto ao casamento, ou ineficácia do pacto antenupcial, conforme previsto no artigo 1640 do Código Civil. Isso já ocorria no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977). Esse regime de bens será adotado ainda, nos casos de união estável, desde que não haja um contrato entre o casal que diga o contrário. (TARTUCE, 2012, p. 126-127).

Alguns bens são excluídos desse regime, por serem comunicáveis e provenientes de outras fontes, que não as de fruto comum obtidos com os ganhos de ambos os esposos. São eles, além dos obtidos de forma anterior ao matrimônio, os adquiridos por doação ou herança, e os sub-rogados em seu lugar; os bens conseguidos com valores pertencentes exclusivamente a um dos cônjuges; as obrigações anteriores ao casamento; os bens de uso pessoal; os provenientes de atos ilícitos; os bens necessários para o trabalho de cada um e as pensões ou rendas semelhantes. (GONÇALVES, 2014, p. 475).

A exclusão de determinados bens no que diz respeito ao regime patrimonial visa proteger o patrimônio dito particular de cada um dos componentes do casal. Como, por exemplo, os seus instrumentos de trabalho, indispensáveis para a manutenção do seu sustento e, eventualmente, da prole, ou os bens de uso pessoal, íntimos da personalidade de cada pessoa. Além disso, evita-se que bens provenientes de atos ilícitos gerem obrigação de reparação por parte do cônjuge inocente, desde que esse patrimônio não tenha trazido benefícios ao casal, passando para a responsabilidade comum. (PEREIRA, 2006, p. 214).

Por sua vez, na comunhão universal, ocorre uma fusão entre os bens trazidos pelos cônjuges, comunicam-se todos os bens do casal, sejam eles anteriores ou não ao casamento. Via de regra, tudo aquilo que ingressa no patrimônio dos cônjuges, seja atual ou futuro, é considerado bem comum e será partilhado em caso de desfazimento da união conjugal. Os patrimônios confundem-se em um só a partir da escolha deste regime, sejam eles provenientes de origem onerosa, herança ou doação. (DIAS, 2016, p. 318-319).

Até 1977, ano em que a Lei do Divórcio foi promulgada, este era o regime de bens que prevalecia no sistema jurídico nacional. Quando se adota esse regime, todos os bens dos cônjuges, sejam eles, atuais ou futuros, assim como as dívidas, se comunicam, passando a fazer parte dos bens comuns do casal. Assim, os bens trazidos ao matrimônio por um dos consortes se fundem aos do outro e passam a compor uma única massa. (RIZZARDO, 2006, p. 643).

A separação de bens, chamada também de separação total ou convencional, exclui os bens da comunicação entre o casal. Quando se adota este regime, os bens permanecem sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges. Assim, “sob a égide desse regime de bens, cada cônjuge reúne em seu acervo exclusivo todos os bens de sua titularidade, mais os frutos e rendimentos que deles são decorrentes”. (NERY, 2013, p. 401).

A principal característica desse regime é a total distinção de patrimônios de ambos. Pois os bens do marido e da mulher não se comunicam, tampouco seus frutos e aquisições, permanecendo assim, cada qual na administração, posse e propriedade do seu patrimônio. (VENOSA, 2012, p. 352).

Aqui os cônjuges buscam o oposto à comunhão universal. Pretendem eles, por meio de manifesta vontade acordada em pacto antenupcial, resguardar a exclusividade e a livre administração dos seus bens, anteriores ou posteriores ao casamento. Há a total divisão do patrimônio, através do exercício da autonomia da vontade (sem imposição legal), que, de forma alguma, acarreta prejuízos à forma do ente familiar. (GAGLIANO, 2013, p. 369).

Incluem-se neste cenário, também as dívidas dos contraentes, as benfeitorias, melhoramentos e ganhos provenientes dos bens de cada um. Caso haja a colaboração na edificação, reforma, produção ou manutenção destes bens, por parte do outro cônjuge, lhe é permitido no máximo, pleitear o valor corresponde à sua colaboração como indenização nos casos de separação ou divórcio. (RIZZARDO, 2006, p. 657).

Porque se os nubentes optarem pelo regime de separação total de bens, seus patrimônios serão isolados um do outro dentro da sociedade conjugal, não atingindo perfeitamente todas as finalidades do matrimônio, já que estas incluem a ajuda mútua inclusive nas questões econômicas. (VENOSA, 2012, p. 353).

Por essas características, de isolamento de bens dentro do casamento e do mau estar familiar que sua escolha possa vir a causar, o regime de separação total

de bens acaba não sendo muito utilizado no pelos casais brasileiros (VENOSA, 2012, p. 353). Percebe-se então que se nem ao menos aqueles que podem optar por utilizá-lo ou não, o utilizam, então, por quais razões deve-se entender correto o entendimento do legislador ao impô-lo à terceira idade? Este é um questionamento que deve ser feito por doutrinadores e juristas a fim de alcançar e resguardar os direitos da terceira idade.

Na última década, o legislador brasileiro, buscando uma opção ao extinto regime dotal criou um novo regime de bens. Assim, o novo Código Civil de 2002 trouxe consigo, o regime da separação final dos aquestos, onde cada cônjuge tem a livre administração dos seus próprios bens enquanto durar o casamento. É tido como uma inovação desnecessária que visa suprimir o regime dotal.

Este regime tem como premissa a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, tanto anteriores quanto posteriores ao casamento. O que é motivado pela ideia de que o amor ou o afeto, não se confundem com o patrimônio, e possui, através dessa previsão, amparo jurídico. Aqui, os cônjuges buscam resguardar a exclusividade e a administração do seu patrimônio pessoal, independentemente de ter sido obtido antes ou após a celebração matrimonial. (GAGLIANO, 2013, p. 369).

Neste regime ambos possuem o seu próprio patrimônio, e em caso de dissolução da sociedade conjugal, caberá a cada um direito à metade dos bens adquiridos pelo casal de forma onerosa durante o matrimônio. Assim, este é considerado um regime híbrido entre a separação total (durante o casamento) e a comunhão parcial (após a dissolução). (GONÇALVES, 2014, p. 492).

No caso de os bens terem sido adquiridos por vias de trabalho mútuo, cada um dos cônjuges terá, de acordo com o artigo 1.679 do Código Civil, direito à uma parcela igual dos lucros. Nesta situação, o ônus da prova é tido como um complicador, por se tratar de trabalho conjunto, ficando a encargo de quem alegar a titularidade, ou se for o caso, de quem a impugna, se for pleiteada por apenas um dos esposos. (RIZZARDO, 2006, p. 655).

Podem os nubentes, adotar qualquer dos regimes mencionados, caso a lei não lhes impeça expressamente, ou ainda, combiná-los de forma a criar um regime misto e que melhor atenda às necessidades e particularidades do casal. Desde que as normas criadas não estejam em desacordo com os princípios e dispositivos do direito civil quanto à família. (GONÇALVES, 2014, p. 442).

De acordo com o artigo 1639 do Código Civil brasileiro, os nubentes podem, antes da celebração do casamento, estipular o que melhor lhes aprouver quanto aos seus bens. Este dispositivo funciona como um princípio basilar para a autonomia de vontade do casal quanto ao regime de bens a ser escolhido.

Preveem os parágrafos do referido artigo que o regime de bens entra em vigor a partir da data em que ocorrer o matrimônio. Além disso, determina que é admissível a mutabilidade do regime mediante autorização judicial, desde que haja pedido devidamente motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros interessados. A lei não estabelece um prazo mínimo para a solicitação da alteração do regime.

A escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial, por escritura pública, sendo nulo se feito de forma diversa e ineficaz caso o casamento não venha de fato a ocorrer. Este regramento se encontra entre os artigos 1653 e 1657 do Código Civil.

Sobre a escolha do regime de bens,

[...] resta evidenciado que o Código Civil faculta aos nubentes a escolha do regime de bens de sua preferência. No entanto, deixando os nubentes de exercitarem seu direito por desconhecimento da lei ou opção, a presunção é a de que pretenderam adotar o regime de comunhão parcial de bens (regime legal) [...]. (LUZ, 2009, p. 266).

Porém, a lei não obriga aos nubentes a realização do pacto antenupcial. E na ausência do mesmo, adota-se o regime de comunhão parcial de bens, embora possuam ampla liberdade de o fazerem caso assim desejarem.

Após a análise dos tipos e formas dos regimes matrimoniais de bens, pode-se passar ao estudo do regime obrigatório imposto pelo Código Civil atual, nesse regime se percebe a visão preconceituosa e retrógada do legislador brasileiro, que se utiliza de critérios puramente estigmatizantes e ultrapassados para impor decisões aos cidadãos de determinada faixa etária.

2.3 Os regimes de bens obrigatórios

A eficácia de pacto antenupcial realizado por menor fica sujeita à aprovação de quem legalmente o representa, salvo se for caso de regime obrigatório de separação de bens. E o pacto realizado por maior de setenta anos não possui

efeitos jurídicos, porque, embora a lei permita que haja autonomia da vontade quanto à escolha do regime, ocorrem dentro do ordenamento jurídico brasileiro algumas exceções a essa regra. Estas exceções estão previstas nos incisos do artigo 1641 do Código Civil de 2002.

Essas hipóteses são consideradas exceções à autonomia da vontade dos nubentes pois, tratam-se de situações nas quais a legislação os impõe determinado regime. Não se deve confundir o regime obrigatório com o regime legal. O primeiro refere-se à uma imposição enquanto o segundo, se trata de um ato que visa suprir a ausência de manifestação de vontade. (VENOSA, 2012, p.331).

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.
(BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Tem-se então uma legislação que prevê três únicos casos de regime de bens imposto aos nubentes. A idade aparece como fator determinante em dois deles, no segundo inciso aos idosos, e no terceiro, aos extremamente jovens (ou civilmente incapazes).

De forma que,

A jurisprudência, [...] tendo constatado que o regime de separação legal, ao contrário do que imaginou o legislador, não protegia devidamente as pessoas que deviam ser protegidas, passou a proclamar, que nesse regime, comunicavam-se os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, denominados aquestos. O Supremo Tribunal Federal editou, então, a Súmula 377, do seguinte teor: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. (GONÇALVES, 2012. p. 469).

No início, essa súmula foi fortemente aplicada. Porém, mais tarde, a sua aplicabilidade sofreu uma restrição, pois passou a abarcar apenas os bens que houvessem sido obtidos através de esforço comum do casal. Pois apenas assim, é possível reconhecer uma “sociedade” entre marido e mulher, que justifique a aplicação do entendimento sumulado.

O primeiro inciso é referente aos casamentos com infrações às cláusulas suspensivas que servem como impedimentos matrimoniais e encontram-se elencadas no rol do artigo 1523 do Código. Este matrimônio é considerado

“irregular”, por isso o regime de bens como separação obrigatória é considerado um ônus.

Tais casamentos, ocorrendo com a inobservância das causas suspensivas em função dos impedimentos previstos em lei, ficam suspensos. E caso venham a se concretizar, devem atender a algumas restrições, como, por exemplo, quanto a escolha do regime de bens. Pois não há a possibilidade da elaboração de pacto antenupcial, porque o sistema jurídico brasileiro prevê, que nos três casos do artigo acima transcrito, o regime de bens será obrigatoriamente o de separação total. (LÔBO, 2003, p. 242).

O terceiro inciso refere-se aos que, para casar, necessitam de suprimento judicial. Não podem casar os menores de dezesseis anos, conforme previsto no artigo 1517 do Código Civil. A razão para pedir suprimento judicial de idade que possibilite o casamento está na competência que o juiz possui de suprir o consentimento dos pais, caso estes não o concedam, via de regra, por serem contrários à realização do casamento.

Este último dispositivo do artigo 1641 tem como princípio geral a ideia de que, sempre que para casar o indivíduo necessitar de suprimento judicial, portanto, se a autorização for dada pelos pais ou responsáveis legais, esse regime não seria obrigatoriamente o da separação total de bens. (VENOSA, 2012, p. 332).

De acordo com o legislador, quando o menor de idade se casa com a necessidade de suprimento judicial, necessita ele, portanto, de uma maior proteção jurídica sobre o seu matrimônio. Seja o suprimento motivado pela não anuência dos pais, tutores ou curadores, ou para evitar a imposição de uma pena criminal. Via de regra, tais casamentos ocorrem nas classes sociais mais baixas, o que demonstra uma desatenção do legislador quanto ao fator patrimonial. (VENOSA, 2012, p. 332).

Quando o assunto se refere às demandas sociais, o regime de bens que melhor supre essas necessidades é o da comunhão parcial. Porque é de suma importância que os bens conquistados ao longo do casamento através do esforço de ambos, pertença tanto ao marido quanto a mulher. Não há justificativa para que em um casamento que já tenha perdurado por décadas seja ainda imposto aos cônjuges, mesmo com o decorrer do tempo, um regime matrimonial obrigatório em que a separação total de bens prevalece. Nesse sentido a alteração do regime imposto por lei, com base no texto literal do dispositivo é impossível, mesmo que hajam justificativas plausíveis. (VENOSA, 2012, p. 332).

O segundo inciso, por sua vez, diz respeito àquelas pessoas que desejam constituir matrimônio, mas que, devido a sua idade superior a setenta anos, são considerados vulneráveis pela legislação. Não é preciso que ambos os cônjuges superem esta idade, mas tão somente um deles, ainda que o outro seja notadamente muito mais jovem.

Sobre esse inciso, o Enunciado 261 da III Jornada de Direito civil diz que: “A obrigatoriedade do regime de separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade (agora setenta anos).” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, 2016, <<http://www.cjf.jus.br>>).

O dispositivo do inciso II é totalmente descabido e não vai de encontro com a realidade contemporânea, pois constitui exercício da autonomia privada do indivíduo maior de setenta anos se casar com quem bem entender e da forma que melhor lhe convir. Não sendo admissível a justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros. Estes, caso desejem conquistar bom patrimônio, devem fazê-lo através do seu próprio trabalho e esforço, tendo em vista que ser herdeiro não é uma profissão. (TARTUCE, 2012, p. 146).

Tratam-se de hipóteses em que a vontade dos nubentes não é respeitada. A imposição do regime de separação obrigatória de bens é, nada mais, nada menos que uma forma de limitar a liberdade de escolha dos noivos através, de o que se pode equiparar a uma ameaça, ou casam-se neste regime de bens, ou não se casarão. (DIAS, 2013, p. 256).

É uma forma que o legislador encontrou, para atender a sua vontade de demonstrar insatisfação quanto aos que, “desobedecem” aos conselhos dados pela legislação e insistem em se casar. Impondo-lhes sanções matrimoniais. Pois os cônjuges casados sob o regime da separação legal de bens não poderão contratar sociedade entre si ou com terceiros, conforme o artigo 977 do Código Civil. Ou, como nos casos de venda de bens de ascendentes para descendentes, de acordo com o parágrafo único do artigo 496 do mesmo código, se o regime for o da separação total obrigatória, não é necessário o consentimento do outro cônjuge. (DIAS, 2013, p. 256).

Entende-se com isso que o cada um dos cônjuges pode, sozinho, alienar os seus bens sem o aval do companheiro, bem como agir em juízo em relação ao seu patrimônio sem que antes, seja necessário o consentimento do outro. Da mesma

forma, podem, cada um por si, prestar fiança e aval. No artigo 1647 do Código Civil, o legislador refere-se ao regime de separação absoluta, referindo-se então ao de separação obrigatória. Demonstrando que a intenção do ordenamento jurídico é evitar que, de qualquer forma, possam os cônjuges entrelaçar o seu patrimônio. (DIAS, 2013, p. 256).

Porém, a situação elencada neste inciso apresenta uma série de contrapontos:

Tem a jurisprudência proclamado, 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 [...]. (GONÇALVES, 2014, p. 441).

E são esses contrapontos que fazem com que boa parte dos doutrinadores da jurisprudência atual sejam apoiadores da ideia de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641. Faz-se então, importante a análise dos princípios presentes na Constituição Federal de 1988 que servem de embasamento para a tese da inconstitucionalidade do referido inciso.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dentro da formação histórica brasileira, uma série de princípios foram criados para nortear e estruturar o país como um estado democrático de direito. Estes princípios estão, em sua maioria, reunidos no texto constitucional e funcionam como a base estrutural e fundamental constitucional.

Nos dias atuais, servem de condutor e limitador para a interpretação das normas jurídicas. Alguns deles encontram em sua essência as prováveis respostas para a questão dos direitos dos idosos quanto à autonomia de vontade relacionada ao seu matrimônio.

São direitos fundamentais que se referem às condições naturais da pessoa humana, invariáveis segundo a natureza do homem e dos quais se tem a ideia de que todos são livres e iguais independentemente de quaisquer distinções, pois a dignidade do indivíduo, seu direito à vida e todos as demais garantias decorrentes como a liberdade e a propriedade são direitos absolutos do ser humano. (MALUF, 2010, p. 231).

Os princípios presentes na Constituição Federal que servem de pilares para a ideia de inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos encontram-se distribuídos em quatro principais dispositivos constitucionais.

São eles: artigo 1º, inciso III e artigo 5º caput e incisos X e LIV. E embora não o preâmbulo não possua força normativa dentro do texto constitucional, liberdade e igualdade são princípios trazidos também na introdução ao corpo da Constituição Federal.

Conforme o texto constitucional:

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;

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (BRASIL, 1988, <<http://planalto.gov.br>>).

Como se vê, o texto constitucional vigente é bastante amplo na questão de direitos e garantias fundamentais. Abarcando ideias e princípios que possibilitam aos brasileiros uma forma de vida digna e feliz. Porém, cabe analisar se esses princípios têm sido realmente aplicados e elaborados na legislação ordinária.

Deve ser feita então a análise desses princípios constitucionais para que se entenda o porquê da inconstitucionalidade na imposição de um regime de bens aos idosos. Começando pela dignidade do homem como cidadão.

3.1 Dignidade da pessoa humana

A Magna Carta, em seu primeiro artigo, enuncia quais serão os fundamentos da República Federativa do Brasil, e o seu inciso terceiro abarca o princípio conhecido como a dignidade da pessoa humana, de forma que o homem é visto como o destinatário dos direitos e não como um meio de manutenção do sistema.

Princípio esse que se define como um objetivo a ser assegurado, pelo Estado, através da ação do governo, seja ele em qual esfera administrativa for. A dignidade do ser humano está ligada aos seus direitos e deveres, como a liberdade e os valores pessoais, sendo um princípio envolto pelas condições consideradas imprescindíveis para que cada cidadão possua uma vida digna, de fato. Ele representa a superação da intolerância e da exclusão social. (BARROSO, 2011, p. 274).

E dada tamanha relevância, a Constituição Federal de 1988 optou por deixar a dignidade da pessoa humana fora do rol dos direitos fundamentais. Passando a incorporá-la entre os princípios fundamentais da República, em seu inciso III do artigo 1º. (TAVARES, 2012, p. 584).

No entanto, princípio da dignidade da pessoa humana encontra diversos obstáculos e fatores que dificultam a sua concretização, assim como também ocorre com o direito à vida. Esses empecilhos podem ser apenas conceituais ou reais. E não raro, esses obstáculos se dão em razão do próprio princípio, através de normas que limitam umas às outras. Sendo extremamente abstratas, e que por isso mesmo, permitem inúmeras interpretações, definições e enfoques. (TAVARES, 2012, p. 584).

Já que a dignidade humana concede os pilares de direitos e garantias fundamentais, o que a torna inerente às pessoas. Colocando a dignidade da pessoa

humana acima das concepções de Estado e nação, pois já não há mais espaço para ideias individualistas, mas sim para a liberdade individual. (MORAES, 2011, p. 24).

Há uma correlação com os princípios morais do que é ou não dignidade para um indivíduo. E, neste contexto, sempre deve ser considerada a real situação em que este se encontra, porque, em suma, viver dignamente só é possível quando ocorre união de diversos direitos em uma única situação. Mas nem só direitos, bem como também os seus deveres, para que a dignidade de um não se dê em detrimento da alheia. É uma forma de garantir que o cidadão seja respeitado não só como membro da sociedade, mas também em seus valores individuais.

Sobre isso, entende-se que

[...] Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucional supremo*. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem, ou *status* social [...]. (BULOS, 2012, p. 509, grifo do autor).

Conforme o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um norte dentro do constitucionalismo brasileiro. Sendo considerado um ideal maior que guia (ou deveria guiar) todo o ordenamento jurídico nacional. (BULOS, 2012, p. 509).

Trata-se de um valor indispensável à integridade física e moral do indivíduo, pois não há como falar de cidadania sem abordar essa ideia e, nesse sentido, buscar as respostas necessárias para entender o quão importante é respeitar esse princípio e aplicá-lo na vida das pessoas. Serve como um vetor, envolvendo valores morais e materiais. (BULOS, 2012, p. 509).

O conteúdo deste princípio engloba valores de cunho espiritual como a liberdade de ser, pensar por si mesmo e criar coisas a partir do seu pensamento. E também valores físicos e onerosos como o direito à ter uma moradia própria, renda mínima que consiga arcar com suas necessidades e proporcionar o mínimo de conforto, saúde, alimentação, lazer como algo bastante abrangente e a educação para qualificar-se e poder buscar por si mesmo os bens materiais dos quais necessita para viver com qualidade e dignidade. (BULOS, 2012, p. 509).

No caso em tela, no que diz respeito à liberdade de escolha dos regimes de bens, por parte da população mais idosa do país, o princípio da dignidade é, portanto, um ponto totalmente contrário à constitucionalidade do artigo 1641, inciso II

do Código Civil de 2002. Pois este último afasta das pessoas acima dos setenta anos completos o direito a se manifestarem sobre a sua vida privada, seu patrimônio e, principalmente, seu casamento, o que, de fato, interfere e acaba denegrindo a dignidade dos indivíduos nesta faixa etária. Porque,

O Princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. [...] A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade de valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. [...] Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar. (BARROSO, 2011, p. 274).

De acordo com Barroso (2011, p. 274) alcançar a dignidade é uma forma de fazer com que a pessoa encontre o seu espaço dentro da sociedade, não permitindo que o cidadão seja excluído, fique à margem, seja discriminado por não possuir as condições básicas para, além de sua sobrevivência, também o seu conforto mínimo, ou não ter seus direitos reconhecidos e assegurados pelo estado, enquanto nação.

Sarlet (2006, p. 41) destaca que “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”. Portanto, a dignidade não é algo de que se possa dispor, não sendo possível abrir mão do que lhe é constitucionalmente assegurado.

Conforme Bulos (2012, p. 509) a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional dividido em três dimensões: a primeira seria uma dimensão fundamentadora, funcionando como um núcleo de informações para todo o ordenamento jurídico do país. A segunda dimensão estabelece as metas que de forma predeterminada tornam ilegítima qualquer disposição contrária ao referido princípio, tem como finalidade impedir que normas jurídicas possuam fins distintos ao do bem-estar do indivíduo. E por último, a terceira dimensão faz a crítica contra as manifestações jurídicas que se contrapõem à dignidade humana.

Uma vez que a dignidade do homem enquanto cidadão está além dos bens materiais, incluindo valores morais e abstratos, é uma manifestação singular e personalíssima. Consiste no respeito à própria vida e no respeito dessa pelos demais indivíduos. (MORAES, 2011, p. 24).

Desse modo, este princípio, no que tange ao tema deste trabalho, revela que se o idoso for privado de sua autonomia de vontade, por preceitos retrógrados que já

não condizem com a realidade, estar-se-á compactuando para que todos que se encontrem na faixa etária pós setenta anos fiquem impedidos de atingir a sua autoafirmação no que diz respeito a sua plenitude de direitos.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana compreende além de seu próprio conceito, uma série de outros princípios, entre eles o da isonomia legal.

3.2 Igualdade perante a lei

Diretamente relacionado ao princípio da dignidade humana, está o princípio da igualdade perante a lei, ou da isonomia, constitucionalmente previsto no artigo 5º caput e inciso I da Constituição Federal de 1988.

O ordenamento jurídico brasileiro só tem reconhecido a igualdade de acordo com a visão jurídico-social, ou seja, a igualdade perante a lei. O constituinte de 1988 abriu o capítulo sobre direitos individuais mostrando que todos devem ser tratados de forma isonômica perante a lei, independentemente de quaisquer distinções. Já no artigo 7º são apresentadas as regras de igualdade material, que proíbem as distinções fundadas em determinados fatores (a idade por ser tida como exemplo). (SILVA, 2012, p. 211).

Como aponta Silva (2012, p. 213), “A justiça formal consiste em “um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal.”

Significa dizer que para indivíduos que se encontram, ao menos em tese, em um mesmo patamar de direitos e deveres, devem ser tratados de uma mesma forma, sem tratamentos diferenciados. Pois nesse passo, o que está previsto na Constituição Federal, e também em boa parte da legislação ordinária estará sendo efetivado no mundo fático.

Acerca disso, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz em seu artigo 1º o princípio de que os homens são livres e iguais em direitos. E toda forma de distinção só poderá estar baseada na utilidade comum. Ou seja, qualquer forma de distinção que não tenha como objetivo o bem-estar social está equivocada. Porém, neste caso ainda se tem apenas a ideia da igualdade jurídica sem que se leve em consideração a realidade dos fatos. Pois apesar de objetivar o fim das desigualdades sociais, políticas e econômicas, no mundo dos fatos pouca mudança pode ser notada e indivíduos ainda são desmerecidos por critérios ultrapassados

como o sexo, ou a idade, notadamente no que se refere aos idosos. (SILVA, 2012, p. 214).

Uma vez que,

É evidente que a não discriminação em razão da idade há de considerar situações concretas que comportem comparação entre pessoas de idades diferentes: adultos, menores e idosos. A Constituição mesma admite distinção quando, por exemplo, estabelece a idade mínima de dezesseis anos para admissão ao trabalho [...]. (SILVA, 2012, p. 225).

Significa dizer que a distinção (por idade) não deve ser descartada, mas sim adequada com a realidade e a necessidade fática. A desigualdade de tratamento jurídico não deve ser consequência de presunções, mas de fatos que justifiquem um possível tratamento diferenciado.

Ou seja, os homens encontram-se igualmente aptos a usufruir dos seus direitos. No entanto a igualdade prevista em lei não passa de uma isonomia ficta, virtual, uma possibilidade. Essa igualdade em potencial não significa, porém, que eles gozam do exercício desses direitos também de forma igualitária. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 308).

De forma geral a igualdade torna-se um princípio legal no sentido de que ela não seja apenas um objetivo de igualação em situações iguais, mas também de um tratamento desigual em situações desiguais, desde que o objetivo final seja sempre a promoção do bem-estar do indivíduo e da sociedade, pois a Constituição veda a distinção injustificada. (SILVA, 2012, p. 223).

A igualdade em questão é compreendida como um direito fundamental, que visa, não somente a igualdade formal, mas principalmente, a igualdade material, ou seja, uma forma de igualdade que transponha a norma escrita e se efetive na vida das pessoas através de seus bens, direitos e deveres.

Entende-se que

[...] qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, [...] tem de ser, expressa ou implicitamente, prevista na Constituição. Caso contrário, a inconstitucionalidade a vicia inapelavelmente. [...] Destarte, a igualdade é regra constitucional a que só a Constituição pode, validamente, abrir exceções. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 284).

Portanto, a igualdade dos cidadãos perante o ordenamento jurídico é um princípio constitucionalmente previsto, e que em decorrência disso, apenas a própria constituição pode abrir exceções à regra.

E “O legislador ao criar normas, não poderá se afastar do princípio da igualdade, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, sujeitando-se ao controle de constitucionalidade”. (OLIVEIRA, 2013, p. 169).

Dessa forma, entende-se que todo brasileiro, independentemente de quaisquer distinções, é presumivelmente detentor da aptidão necessária para receber do Estado toda a segurança e tratamentos jurídicos de forma isonômica, sem ser distinguido por essa ou aquela condição, como, por exemplo, o sexo, a classe social a qual pertença ou a idade. (MORAES, 2011, p. 40).

Há, porém, o entendimento de que, de acordo com a necessidade fática, possa se fazer necessária a desigualação de determinados grupos, este é um princípio aristotélico que nos enuncia que o tratamento diferenciado deve ocorrer nos casos em que vise suprimir as desigualdades preexistentes. Tratando desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 308).

Ocorre que essa desigualdade só é constitucionalmente aceita quando não possuir caráter discriminatório ou arbitrário. De modo que essa desigualdade constitucionalmente aceita apenas busque alcançar a real equiparação dos indivíduos, sem qualquer tipo de segregação ou desvalorização de um grupo social, entre eles os idosos. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 310).

O fator fundamental utilizado para justificar uma desequiparação jurídica deve sempre apresentar um pressuposto de que essa diferença empregada pelo legislador possui uma finalidade. Finalidade esta, que precisa encontrar uma correspondência entre o Direito e a realidade fática. (TAVARES, 2012, p. 601).

O que não é visto na discriminação feita pelo Código Civil Brasileiro ao impedir que as pessoas com mais de setenta anos tenham o livre-arbítrio para optar por este ou aquele regime de bens. Existem tratamentos diferenciados, que em contramão a isso encontram justificativas bastante plausíveis.

Exemplo disso é a adoção da política pública de cotas, pois só ela permite superar as desigualdades fáticas, ocorrendo a reserva de determinado número de vagas em instituições de ensino superior para grupos específicos, como negros, pardos e indígenas. Neste caso, trata-se de uma política de ação afirmativa sobre os

grupos historicamente prejudicados e deixados à margem da sociedade, principalmente no que diz respeito às ações governamentais. É uma forma de compensação ao tratamento discriminatório anterior. (BULOS, 2012, p. 553).

Por que,

[...] pode-se afirmar que o princípio da isonomia proíbe a arbitrariedade. [...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional., isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. (TAVARES, 2012, p. 604).

Entretanto, diferentemente da desigualação de grupos étnicos que possui como fim lhes proporcionar uma maior possibilidade de acesso ao ensino superior que historicamente foi dificultada, qualquer tipo de diferenciação ligada à população mais idosa do país que esteja relacionada com a limitação dos seus direitos, vai em sentido contrário ao princípio da igualdade perante a lei. Visto que não há a necessidade de igualação dos idosos em relação a outros grupos que justifique a norma prevista no artigo 1641, inciso II do Código Civil.

Pois a Constituição de 1988 é considerada mais abrangente e menos tolerante em relação às desigualações entre os indivíduos. Porque ela confere aos cidadãos a garantia, em seu próprio texto, de que não serão tratados de formas distintas perante a lei. (SILVA, 2012, p. 223).

É preciso saber avaliar as situações em que a discriminação é relevante e cabível, sem que se prejudique àqueles aos quais se aplica o tratamento diferenciado. Esse tratamento diverso só deve ser aplicado quando servir ao propósito de desigualação que visa uma igualação posterior, pois é nesse ponto que se alcança a diferenciação constitucionalmente prevista pelos valores apresentados na Magna Carta. (TAVARES, 2012, p. 607).

Por exemplo, constitucionalmente é prevista uma exceção ao direito de tratamento igual tendo como fato determinante a idade. Nota-se, porém, que neste caso a exceção é expressa, através da súmula 683 do Superior Tribunal Federal. O que não ocorre com a imposição do regime obrigatório de separação total de bens. Trata-se da limitação de idade em concurso público, entretanto, essa limitação de idade só pode ser apresentada nos casos em que o exercício da função pública

possa ser prejudicado pela idade avançada do servidor em potencial. (MORAES, 2011, p. 42).

Nesse caso, a regra apresenta uma exceção justificada, pois em determinadas funções, um servidor com idade já avançada pode não conseguir desempenhar suas tarefas da maneira adequada, como o trabalho em altura ou serviços que envolvam esforço físico desgastante.

Compreende-se que assim, o entendimento sumulado coincide com as necessidades e encargos de uma função em razão da idade, por razões naturais. Porém no caso apresentado neste trabalho não se tem uma explicação plausível para a exceção ao direito de tratamento igual perante a lei, de acordo com o texto presente no artigo 1641 do Código Civil.

E nesse mesmo contexto de igualação e aplicação dos preceitos constitucionais, está presente o princípio da liberdade, não só de ser livre como homem capaz de ir e vir livremente, mas também o direito de usufruir dos seus bens de acordo com a sua própria vontade. Liberdade para gozar de seus bens e administrá-los em seu favor, respeitando-se sempre os dispositivos legais dentro da vida privada do indivíduo, como se vê a seguir:

3.3 A liberdade e a vida privada

Continuando na linha dos princípios constitucionais que alicerçam a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, cabe destacar mais dois dispositivos presentes na Constituição Federal, ambos dentro do artigo 5º do texto constitucional, em seus incisos X e LIV.

De acordo com Pinho (2008, p. 86) a liberdade se trata de uma faculdade, de uma opção que o indivíduo tem de fazer ou deixar de fazer algo. É um direito que presume a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções, de acordo com a sua vontade. Não sendo a liberdade um direito absoluto, pois não se pode fazer tudo o que deseja, para que o direito de um não entre em conflito com o direito dos demais. Então para que uma pessoa seja livre para escolher o que melhor lhe convém, é necessário que os demais (e o Estado) respeitem a sua vontade.

Igualdade e a liberdade em si, compõem parte fundamental da existência da dignidade da pessoa humana. Pois,

[...] qualquer que seja a desigualdade [...] dos indivíduos [...] há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa. (PIMENTA BUENO, 2002, p. 502).

É sabido que a igualdade na lei é voltada para o legislador, pois veda-se a esse a elaboração de dispositivos, que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro estabeleçam fatores de desigualação entre pessoas sem justificativas plausíveis. De forma que se privilegie ou persiga quaisquer cidadãos. (PINHO, 2008, p. 100).

Constitucionalmente a vida privada e a intimidade apresentam diferentes interpretações, embora ambas estejam bastante interligadas entre si. A intimidade estaria mais relacionada à subjetividade do cotidiano humano. Como as relações familiares e de amizade. A vida privada por sua vez seria aquela que envolve as demais relações humanas, como as comerciais, de trabalho e estudo. Ou seja, é a vida privada que está diretamente interligada com o direito de os nubentes decidirem o seu próprio regime matrimonial de bens (MORAES, 2012, p. 54). Pois essa escolha pode, em determinadas situações interferir na vida de terceiros, principalmente em relações comerciais, onde a propriedade pode ou não ser alienada.

O inciso X do artigo 5º do texto constitucional nos revela ser inviolável a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Em outras palavras, protege o íntimo dos cidadãos, suas famílias, lares, bens, relações interpessoais e tudo mais que o direito possa salvaguardar.

Pois a liberdade prevista no texto constitucional não pode ser lida de forma fria, uma vez que a Constituição em vigor não é exaustiva na enumeração de direitos fundamentais, portanto admite-se também aqueles direitos considerados implícitos a partir da leitura constitucional. Leitura esta que deve ser realizada de acordo com uma visão mais realista, que adapte o seu texto aos dias atuais. (FERREIRA FILHO, 2001, p. 322). Daí surgem direitos intrínsecos, como o da liberdade de dispor do seu patrimônio. A liberdade de tomar decisões que digam respeito ao seu matrimônio e a vida particular e a intimidade por exemplo.

Diferencia-se a intimidade da vida privada da seguinte maneira:

[...] *intimidade* relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto *vida privada* envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc. (MORAES, 2012, p. 54, grifo do autor).

Então, qualquer indivíduo tem assegurado o direito de que não terá a interferência do Estado em sua vida privada, exceto, é claro, se essa interferência seja constitucionalmente prevista e admitida, bem como justificada e fundamentada.

Por sua vez, o direito constitucional à liberdade, comporta um conceito bastante amplo, incluindo a liberdade de ir e vir, de praticar sua religião, expor suas ideias e opiniões, de possuir bens, usufruir e administrar o seu patrimônio, bem como de tomada de decisões pertinentes a sua vida particular.

O texto constitucional busca proteger a vida privada das pessoas de duas formas: o segredo da vida privada (intimidade) e a liberdade da vida privada (autonomia na tomada de decisões). Para isso é necessário que cada pessoa tenha ampla liberdade de realizar a sua vida privada sem a perturbação de terceiros (ou do Estado). (SILVA, 2012, p. 208).

Porque a vida privada diz respeito não só à família e ao lar, mas também a tudo aquilo que seja seu para sua livre administração e disposição. Enquanto a intimidade é algo muito mais pessoal de cada indivíduo. O próprio sujeito é única pessoa que pode responder a pergunta de que se está vivendo uma vida digna, livre, justa e igualitária ou não.

Características da dignidade da pessoa humana como a honra e o respeito são direitos fundamentais dos cidadãos. Os indivíduos têm o direito de preservar a própria dignidade, pois ela é personalíssima e parte dos ideais que cada um encontra em si mesmo a respeito do que é ou não digno. Mesmo que essa dignidade seja fictícia e entre em conflito com a verdade, pois tudo o que está relacionado ao íntimo da pessoa está incluso na sua dignidade pessoal e deve permanecer em segredo. E é nesse ponto que o direito à honra (preservação da vida privada e pública) cruza com o direito à privacidade da vida particular. (BULOS, 2012, p. 209).

Em termos que, o idoso deve ter resguardada a sua honra e imagem, seu direito à autonomia da vontade. Pois mesmo que socialmente seja visto como um membro vulnerável, suscetível do aproveitamento de pessoas de má índole, em seu íntimo a visão de si mesmo como vítima em potencial do tratamento desigual por

parte do legislador lhe ferirá a dignidade. Por que o indivíduo tem seu orgulho. Trabalhou durante muitos anos para adquirir seu patrimônio e no fim de sua vida, quer o direito de gozar dos mesmos como melhor lhe parecer. E uma vez que o idoso seja considerado inapto para a tomada de decisões, deve ser adotado o processo de interdição, como se verá no capítulo seguinte.

Atente-se também ao inciso LIV da constituição, que diz que “ninguém será privado de sua liberdade *ou de seus bens* sem o devido processo legal”. Questiona-se então: impedir que aqueles que estejam com idade superior a setenta anos de idade escolham o seu regime de bens, não é uma forma de privá-los do uso de seus bens? Tendo em vista que não podem decidir sobre o seu futuro e dispor-lhes da forma que melhor lhes convir?

Uma vez que, já se chegou a conclusão de que o direito de liberdade não significa estar só ou ser deixado só, sem qualquer interferência do Estado e sem a necessidade convivência com terceiros. O direito de liberdade seria, portanto, um direito de decidir e administrar a sua vida pessoal e familiar, dentro dos limites legais e observando sempre os direitos e deveres alheios. (SARLET, 2012, p. 393).

Desse modo,

Os direitos fundamentais referentes à propriedade estão num plano intermediário entre os que concernem à liberdade e os que dizem respeito à segurança, já que ela ao mesmo tempo toca uma e outra. De fato, ela é instrumento da liberdade e garantia de segurança, na medida em que torna possível ao indivíduo realizar o que quer, e o resguarda contra a necessidade e a incerteza do amanhã. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 334).

No contexto do presente trabalho, refere-se à liberdade de possuir bens e de dispô-los. Uma vez que, proibindo os idosos de escolher o seu regime de bens estar-se-á privando-os de seu patrimônio sem o devido processo legal e sem justificativa plausível, mesmo que indiretamente, o que interfere também, em sua vida privada. O que abre portas para indagações a respeito da constitucionalidade do regime obrigatório de bens para pessoas acima dos setenta anos.

Pois como lembra Oliveira (2013, p. 170) o Código Civil Brasileiro prevê em seu artigo 1.228 que o proprietário possui o direito de usar, gozar e dispor de seus bens. Sendo que tanto a propriedade quantos os direitos fundamentais estão sujeitos às limitações do bem comum.

No entanto, não há a demonstração clara e objetiva com relação ao interesse do bem comum em que um indivíduo que batalhou toda a vida para adquirir o seu patrimônio seja impedido de dispô-los ao final dos seus dias.

Uma vez que, como já mencionado, o direito de propriedade, amplamente conexo ao direito de liberdade significa nada menos que a faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens. De forma livre, desde que seu patrimônio tenha sido constituído de forma lícita. Tendo como únicos limites para a sua livre disposição, a moral e os direitos alheios. (PIMENTA BUENO, 2002, p. 509).

Não seria então, a obrigatoriedade do regime de separação total de bens uma forma do Estado interferir na vida privada dos idosos e com isso limitar a sua liberdade de escolha? Impondo os seus ideias e conceitos retrógados sobre uma parcela da população que a tanto já sofre com o esquecimento e a indiferença do legislador?

Para responder essa questão, deve-se passar à análise da inconstitucionalidade em si. Após o estudo do casamento e dos regimes de bens que lhe permeiam, e dos princípios constitucionais que garantem a qualquer cidadão brasileiro o direito a uma vida digna, de ser igualmente tratado pelo Estado e também de livremente usufruir dos seus bens e administrar sua vida privada, pode ser melhor compreendida a discrepância no tratamento dado aos idosos no ordenamento jurídico nacional, no tocante ao casamento e sua autonomia de vontade frente a administração dos seu patrimônio.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS DE IDADE

Apresentados os regimes de bens, aos quais podem os nubentes optar no pacto antenupcial e os princípios constitucionais que alicerçam essa liberdade de escolha, passa-se à análise da (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens para nubentes acima dos setenta anos de idade, bem como ao entendimento das melhoras ocorridas na vida dos idosos brasileiros.

Sem deixar de lado a compreensão da importância do ente familiar na vida dos ser humano e como as relações afetivas são fundamentais para o bem-estar do homem e da mulher casados. E de como seu tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico é indispensável para a manutenção da sua dignidade como ser humano.

Pois,

É importante asseverar que a família disciplinada pelo Código Civil e formada pelo casamento se referia ao modelo jurídico destinado a solucionar primordialmente preocupações de ordem patrimonial e moral, ao passo que, na atualidade, [...] essas preocupações perdem importância se comparadas com a tutela do ordenamento para os valores existenciais e plena realização da dignidade. (GORCZEVSKI, 2012, p. 253).

Não se deve, portanto, lançar um olhar frio e demasiado teórico sobre as relações familiares e afetivas como um todo. Quando o assunto são as relações humanas, se faz necessário vê-las também de acordo com a realidade e os desejos pessoais de cada indivíduo.

Nesse sentido, os princípios constitucionais brasileiros devem ser analisados de forma conjunta à realidade da população idosa do país.

4.1 A vida do septuagenário

Nesse contexto, temos a notável melhoria na qualidade vida da população brasileira como um todo nas últimas décadas, o que engloba também o aumento na expectativa de vida dos indivíduos e o conseqüente crescimento do número de idosos vivendo em território nacional.

O que faz com que haja uma necessidade real de que o sistema jurídico do país se adapte as mudanças no cenário e na composição da população, sem que se deixe de lado um grupo já não tão minoritário como o dos septuagenários. Esses indivíduos precisam ter seus direitos respeitados e assegurados tanto pela lei, quanto pelo restante da sociedade. Para que se faça possível que a qualidade de vida dos idosos não seja mera estatística, mas também uma realidade.

Pois nas últimas décadas ocorreram importantes mudanças na população brasileira como um todo. Essas transformações populacionais nos fazem observar uma população cada vez mais idosa, de forma que fica evidente a importância de garantir aos membros dessa faixa etária não apenas uma expectativa de viver mais, mas, também, de viver melhor.

Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os idosos representam, em 2018, 8,77% da população nacional, dos quais boa parte vive nas grandes cidades, sendo a maioria mulheres. A estimativa é de que, até 2030, este percentual já tenha ultrapassado os 13%. E a expectativa de vida do brasileiro já chega aos 76,25 anos. (IBGE, 2018, <<https://www.ibge.gov.br>>).

O número de brasileiros com idade superior à sessenta e cinco anos completos deve praticamente quadruplicar até o ano de 2060 (BBC, 2013, <<http://bbc.com>>) o que confirma a tendência de envelhecimento da população e a respectiva necessidade de adaptação por parte da legislação com o fim de atender e melhor recepcionar essa mudança significativa no quadro social brasileiro.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no futuro as mulheres continuarão vivendo mais do que os homens. Em cerca de quatro décadas a expectativa de vida feminina será de mais de oitenta e quatro anos, enquanto a masculina girará em torno de setenta e oito anos. (BBC, 2013, <<http://bbc.com>>).

Ou seja, a população brasileira está envelhecendo, pois estima-se que na década de 2060 mais de 25% da população nacional esteja acima dos sessenta e cinco anos, um em cada quatro brasileiros será considerado idoso (ALVARENGA; BRITO, 2013, <<http://g1.globo.com>>). E isso só se faz possível devido ao aumento na qualidade e expectativa de vida da população, aliado a redução na taxa de fecundidade da mulher brasileira.

A qualidade de vida está relacionada diretamente com a autoestima e o bem-estar pessoal, e abrange uma série de aspectos, como o ambiente familiar, alimentação, prática de exercícios físicos e mentais. E tudo isso deve ser amparado

pelo Estado, através de uma legislação protecionista e efetiva atuação, garantindo o acesso dos idosos a uma qualidade de vida cada vez maior e o exercício e reconhecimento dos seus direitos.

Sinônimo de envelhecimento ativo e independente, a terceira idade converteu-se em uma nova etapa da vida, a ser vivida com dinamismo. Logo, a velhice não se confunde com terceira idade. Passa a ser importante distinção entre idosos jovens e os idosos velhos. [...] A invenção da terceira idade é, assim, uma experiência inusitada de envelhecimento e não pode ser reduzida aos indicadores de prolongamento de vida nas sociedades contemporâneas. (LEMOS; ZABAGLIA, 2004, p. 27).

Os avanços ocorridos incluem, entre outros fatores, as mudanças relacionadas à prática de exercícios corporais e atividades culturais, como a leitura, pois o trabalho físico e mental mantém a lucidez, além de atividades sociais, através de grupos e centros especializados em saúde e qualidade de vida da terceira idade. Destacam-se, nesse sentido, avanços nas áreas de medicina, especialmente a gerontologia, educação, tecnologia e das políticas públicas.

Porém, mesmo com a melhora significativa na vida dos idosos, em especial dos que se encontram acima dos setenta anos,

[...] as sociedades ocidentais incorporaram vários preconceitos, que dificultam a vida dos idosos, como estes: a) os valores dos idosos são, necessariamente, antiquados e, dessa forma, são inferiores; b) os idosos são menos habilidosos, para fazer julgamentos e críticas; c) têm menor valor que os jovens e, por isso, precisam de menor atenção; d) a capacidade de desfrutar dos prazeres da vida diminui inevitavelmente à medida que se envelhece. [...] os próprios idosos incorporam alguns desses preconceitos e podem, muito facilmente, se subvalorizar, ou cair naquilo que eles acreditam que se espera deles. (PASCHOAL, s/d <<http://www.portaldoenvelhecimento.com>>)

São estigmas que acabam por limitar a capacidade e o exercício de direitos dos idosos. Se o brasileiro vive mais, e melhor, esta observação também deve chegar às vias jurídicas, aplicando-se as reformas necessárias para que se ajuste a legislação à vida cotidiana.

Lembra Chinelato conforme Gonçalves (2014, p. 472) que as pessoas com mais de setenta anos de idade completos podem, e via de regra tem, uma maturidade sobre a realidade muito bem constituída. O que inclui a vida pessoal e profissional, e que por isso as pessoas dentro dessa faixa etária devem ser

prestigiadas por terem a capacidade de decidir por si mesmas com base em suas experiências anteriores.

Entender que a velhice traz consigo a falta de capacidade de raciocínio se mostra algo bastante infundado quando se analisam os princípios constitucionais anteriormente analisados. A inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1641 do atual Código Civil brasileiro deveria ser arguida não apenas nos casos concretos, em que a imposição do dito dispositivo impede a livre escolha do regime matrimonial, mas também ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com Chinelato conforme Gonçalves. (2014, p. 472).

Compreendida a melhora de vida na faixa etária acima dos setenta anos de idade, pode-se compreender que o tratamento diferenciado do legislador quanto aos idosos se mostra bastante retrógrado e preconceituoso.

Mesmo com a alteração feita em 2010, quando a Lei 12.344 passou a determinar que apenas se aplicaria o regime obrigatório de bens para aqueles com mais de setenta anos completos, e não mais sessenta, ainda é perceptível que a transformação ocorrida na sociedade brasileira nas últimas décadas já não admite mais um tratamento limitador de direitos às pessoas septuagenárias. Sem fechar os olhos ao fato de que a terceira idade será o final da vida para todos nós. Portanto restringir direitos aos septuagenários significa, a longo prazo, restringir direitos a si mesmo.

Assim, cabe ainda falar sobre a discriminação que persiste, mesmo que de forma mais branda daquela que se via antes de 2010. Pois, naquela oportunidade, ao invés de uma alteração no texto do dispositivo, deveria ter sido buscada a sua revogação por mostras de sua inconstitucionalidade.

4.2 A discriminação presente no artigo 1641, inciso II do Código Civil

A sociedade atual vive em uma postura abertamente patrimonialista, onde os bens de um indivíduo são, não raro, mais valorizados do que o seu bem-estar quanto ser humano. O legislador, ao criar o dispositivo presente no inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002, usa como justificativa o desejo de proteger o patrimônio dos septuagenários, de impedir o casamento meramente ambicioso e que visa tão somente os bens do outro cônjuge.

Porém, como anteriormente citado, constitucionalmente somos todos iguais, independentemente de qualquer possível diferenciação, entre elas a idade. Acerca disso, o estatuto do idoso, Lei n. 40.471, em seu artigo 2º diz:

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. (BRASIL, 2003, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Eis que, em contrapartida ao artigo citado, está a norma que impossibilita aos nubentes a escolha do seu regime de matrimônio. Pois se o idoso goza dos mesmos direitos fundamentais considerados inerentes à pessoa humana, então qual seria a justificativa para tal proibição? Já que a mesma só ocorre aos que necessitam de suprimento judicial para casar, aos que o contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento e aos idosos.

Acerca das duas outras previsões do regime de separação obrigatória de bens, cabe lembrar que esta imposição possui caráter de ônus. Pois a pessoa inclusa em uma destas hipóteses deve optar por casar ou não. Caso prefira seguir para o matrimônio, deve suportar o ônus da imposição do seu regime de bens.

No caso do inciso I, há uma previsão anterior das causas suspensivas do casamento. E o regime é uma imposição devido a esta inobservância. No inciso III, o próprio Código Civil prevê que os nubentes, ou apenas um deles, não possui plena capacidade para o exercício da vida civil, assim necessita(m) do suprimento judicial, caso negado pelos responsáveis legais. Ou seja, é explícito que ao se casar, o indivíduo não possui a autonomia e preparo necessários para decidir sobre a sua vida patrimonial ao tempo do casamento.

Percebe-se a partir daí a nítida discriminação em relação aos idosos incluídos no inciso II. Porque no caso do primeiro inciso, a obrigatoriedade do regime é decorrente de uma inobservância a outra norma legal, e sobre o terceiro inciso há a presunção da parcial capacidade civil. Mas e em relação aos idosos? Por que se dá essa exigência?

Sendo que, “de forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único

fim: afastar a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento”. (DIAS, 2006, p. 215).

E se de fato, existe o receio de que o idoso possa vir a ser vítima de golpe com interesses puramente financeiros, aplicado por pessoa de má índole no casamento. Onde se presumir uma vulnerabilidade seja por enfermidade ou doença mental, deve-se instaurar o procedimento de interdição de forma correta. Desde que esse processo não se dê exclusivamente baseado em decorrência da idade. (GAGLIANO, 2013, p. 327)

O regime de separação obrigatória é, portanto, um redutor da autonomia da vontade daqueles que possuam mais de setenta anos completos. Constrangendo-os, assim, a uma tutela reducionista de direitos, pois estabelece restrição à liberdade de contrair matrimônio, algo que não é constitucionalmente previsto. É, portanto, inconstitucional.

Se um jovem de dezoito ou dezenove anos, ou uma pessoa qualquer de trinta, quarenta, até mesmo de sessenta e nove anos pode definir o seu próprio regime de bens em um pacto antenupcial, por que não atribuir esse direito também aos septuagenários? Soa como algo bastante discriminatório e retrógrado não admitir os avanços na expectativa de vida e qualidade da mesma por parte das pessoas nesta faixa etária.

Pois se o indivíduo, independentemente da idade, opta por passar a sua vida ao lado de outra, é a sua felicidade, e por consequência, a sua dignidade que estão em pauta. Não se deve presumir a má fé do outro cônjuge, visto que o código nem ao menos faz menção ao fato de que ambos os nubentes possam ter mais de setenta anos.

Porque escolha pelo regime de bens possui enorme impacto na vida conjugal,

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos. De forma que o regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. (DINIZ, 2011, p. 169)

E, nos casos em que seja notória a falta de capacidade do idoso, para tomar as decisões de sua vida civil, há um meio que a própria legislação traz consigo, afim de evitar má fé de terceiros, ou mau uso do patrimônio por parte dos seus

detentores, nos casos de enfermidade, deficiência mental, para viciados em tóxicos e para os pródigos, além de outras hipóteses previstas no artigo 1.767 do Código Civil brasileiro. Este meio é a interdição.

Artigo 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – aqueles que por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade;

III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos. (BRASIL, 2002, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Na interdição, que deve ser promovida pelos responsáveis legais ou pelo Ministério Público em casos especiais, o sujeito a ser interditado (interditando) será avaliado por juiz competente, através de interrogatório. É um exame pessoal, pois o magistrado precisa avaliar o indivíduo da melhor forma possível, para poder concluir se ele está ou não em plenas faculdades mentais. (GONÇALVES, 2014, p. 710).

O interrogatório se faz de tão grande importância para a averiguação da real necessidade de interdição (visando impedir a fraude), que o Código de Processo Civil utiliza a palavra “minuciosamente” para se referir ao conjunto de perguntas feitas ao interditando pelo juiz no interrogatório. Cabe ressaltar ainda, que apenas em ocasiões em que se trate de pessoas gravemente excepcionais, poder-se-á dispensar a entrevista pessoal, desde que, ainda assim, seja do interesse do interditando. (GONÇALVES, 2014, p. 711).

Pois a interdição tem como principal objetivo, retirar os poderes civis de um indivíduo que comprovadamente não esteja em condições mentais de administrar a sua vida e os seu patrimônio. Portanto, caso se faça necessário, poderá o magistrado utilizar-se também de todos os meios de prova cabíveis, não apenas o interrogatório. Para que não restem dúvidas quanto à capacidade civil do sujeito. (GONÇALVES, 2014, p. 712).

Em suma, caso a família note a ausência de capacidade no idoso, deve buscar os meios legais para proteger o seu familiar e o seu respectivo patrimônio. Não se deve usar o Código Civil apenas para impedir que o septuagenário goze dos seus bens e assim garantir o futuro e a segurança patrimonial da família.

Visto que os bens são seus, e conquistados pelo seu trabalho e administração, então, é coerente que lhe seja permitido dispor também ao fim da

vida. Afastando-se o interesse particular de possíveis herdeiros e familiares. Se ao casar, o idoso não puder optar pelo seu próprio regime de bens, estará sendo privado da sua autonomia de vontade quanto à vida conjugal. Tirasse-lhe o direito de decidir para quem deixar os seus bens em caso de óbito, subtraindo o seu poder de decisão.

Neste sentido, observa-se que:

O regime de bens é imposto pelo legislador por razões, às vezes, de ordem pública, como na hipótese do inciso I, por razões de proteção aos interessados, como no inciso III, e por nenhuma razão cientificamente justificável, como no inciso II. (CHINELATO, 2004, p. 289).

Assim, entende-se que “punir” os nubentes que optem por se casar desrespeitando o regimento civil brasileiro, é uma medida que se auto justifica. Proteger bens daqueles que necessitam, para casar, de suprimento judicial é aceitável. Mas no que diz respeito ao legislador compreender, em pleno século XXI, que pessoas acima dos setenta anos de idades são presumivelmente incapazes, é incompreensível.

Percebe-se que a imposição do regime de separação obrigatória de bens possui um caráter explicitamente econômico, pois tem como principal objetivo proteger muito mais o patrimônio do idoso, do que ele como pessoa. É uma mostra do interesse financeiro dos herdeiros e a sua busca pela aquisição de um patrimônio futuro.

Sobre isso, Silva Pereira conforme Gonçalves (2014, p.471) diz que a restrição quanto à liberdade de escolha pelo regime de bens através de pacto antenupcial não possui justificativa plausível, seja ela econômica ou moral, uma vez que, se o casamento com um septuagenário pode ocorrer por interesse financeiros, agindo o outro cônjuge de má fé, não há motivos para crer que esta conduta não possa ser observada em relação ao casamento com pessoas abaixo dos setenta anos de idade.

E como trata-se de uma questão de possível tratamento inconstitucional dentro do ordenamento jurídico brasileiro, existem já, algumas decisões pelo país que indicam tal situação, que compõe uma jurisprudência perceptivelmente favorável aos idosos. Que aliada ao pensamento doutrinário serve como base para o entendimento de que o dispositivo previsto no artigo 1.641, inciso III do Código Civil

não respeita os princípios de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal. Como se vê no título seguinte.

4.3 Comportamento jurisprudencial

Para exemplificar e tornar mais verossímil a ideia de inconstitucionalidade na imposição de um regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos de idade, cabe analisar os julgados provenientes dos Tribunais de Justiça. Para que se compreenda quais são os argumentos em que estão embasadas essas decisões e qual foi o entendimento dado a cada caso.

Como no julgado da sétima câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na APELAÇÃO CÍVEL n. 70007503766 (RIO GRANDE DO SUL, 2003, <www.tjrs.jus.br>) a seguir exposto demonstra que, devido à aplicação da súmula 377 do STF, o regime de separação obrigatória de bens para os idosos perde a eficácia e, portanto, é meramente discriminatório quanto ao poder de decisão à terceira idade.

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma sequela de ordem prática. PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte. (Apelação Cível Nº 70007503766, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/12/2003).

A seguinte ação declaratória, APELAÇÃO CÍVEL n. 70002243046 (RIO GRANDE DO SUL, 2001, <www.tjrs.jus.br>) também aponta pela decisão de segunda instância e também vai de encontro ao entendimento de inconstitucionalidade da regra em questão. Embora o julgado seja anterior ao ano de 2010, e que a idade para imposição do regime de separação obrigatória passou de sessenta para setenta anos, a linha de raciocínio e os princípios constitucionais que o embasam se fazem os mesmos.

Ação declaratória. De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial constante no assento de casamento. Regime de bens. Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258 do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelação provida. Apelação Cível. Sétima Câmara Cível N° 70002243046 Rosário do Sul. A.M.M. Espólio de A.A.M., representado por seu inventariante, C.I.M. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, prover o apelo. Custas, na forma da lei. Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 11 de abril de 2001. DESª Maria Berenice Dias, Relatora-Presidente. RELATÓRIO: Desª Maria Berenice Dias (Relatora-presidente).

Percebe-se que nesta situação que ficou decidido pelos desembargadores que o princípio da dignidade da pessoa humana prevalece frente ao disposto no Código Civil. Pois revela-se descabida a presunção de incapacidade civil da parte.

Frente ao Código Civil de 1916, na apelação cível a seguir apresentada (RIO GRANDE DO SUL, 2003, <<http://mariaberenice.com.br>>), houve o entendimento de que não cabe a anulação de doação realizada entre cônjuges que se casaram com o regime de separação de bens obrigatório, pois o matrimônio foi precedido de união estável.

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. APELAÇÃO CÍVEL SÉTIMA CÂMARA CÍVEL N° 70004348769 PORTO ALEGRE C.F.S.B. APELANTE L.F.S.B. APELANTE T.B.B.M. APELADA ESPÓLIO DE C.B.M. INTERESSADO ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, afastar a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Há ainda, conforme previsto em lei, a possibilidade (como consequência) do casal optar por não se casar, e após o preenchimento de determinados requisitos, viver em união estável. União esta que possui ânimo de permanência, e que se

diferencia muito pouco do casamento em termos de obrigações e convivência familiar. Porém, não é o objetivo deste trabalho avaliar tal situação, e sim, tão só o casamento civil.

A respeito da aplicação da súmula número 377 do Supremo Tribunal Federal também há o entendimento de que sua eficácia com relação aos bens adquiridos na constância do casamento e o esforço comum do casal para a obtenção e manutenção do patrimônio:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros (BRASIL, 2006, <<http://stj.jusbrasil.com.br>>).

Este recurso especial não foi conhecido pelos ministros com a justificativa de que não há provas de que a esposa possuía bens dentro da constância do casamento.

Nota-se que o entendimento dado ao recurso é de que não se faz necessária a comprovação de que houve esforço mútuo entre o casal para a aquisição ou administração dos bens. Aqui, a convivência com ânimos familiares prevalece sobre o sucesso ou infortúnio patrimonial do casal. Prevalecendo novamente a ideia de que o ente familiar se sobrepõe ao interesse meramente econômico e financeiro.

Ainda sobre o entendimento a respeito da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, tem-se o seguinte julgado:

CIVIL. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. AQUÊSTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. SÚMULA 377/STF. INCIDÊNCIA. 1. No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges (art. 259 CC/1916). 2. Precedentes. 3. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2003, <<http://stj.jusbrasil.com.br>>).

Assim, entende-se que para a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento se faz necessária a comprovação do esforço mútuo entre os cônjuges dentro do período em que o matrimônio perdurou.

Pois seria demasiado injusto para o cônjuge menor de setenta anos caso os bens conquistados pelo trabalho e administração de ambos não pudessem a ele ser atribuídos, de acordo com o seu merecimento apenas pelo fato de que o ordenamento jurídico brasileiro o obrigou, outrora, a se casar pelo regime de separação total de bens.

Torna-se perceptível que aqui os ministros compreenderam que a imposição de um regime matrimonial por parte do Código Civil, não deve prejudicar a parte menos favorecida economicamente. Porque se ambos adquiriram um ou mais bens juntos, então, da mesma forma, os dois terão direitos sobre esse patrimônio. E se nessa situação o julgador entende que uma das partes não deve ser prejudicada apenas pela presunção da lei civil de que a mesma poderia ter se casado com interesse puramente financeiro, por que não seria possível ser feito, por analogia o entendimento de que o idoso também pode sair prejudicado com tal imposição?

Com base no entendimento jurisprudencial majoritário, entende-se que, a polêmica então, se concentra em torno da manifesta inconstitucionalidade da norma, pois há o confronto com princípios constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, da isonomia e o direito à propriedade previstos no texto constitucional em seu artigo 1º e no caput e incisos I, X, e LIV do artigo 5º. Tendo em vista que o casamento é um dos institutos mais importantes da vida civil, é fundamental e urgente a discussão e solução para o problema apresentado, para que se esclareça se tal norma é contrária ou não à liberdade do regime de bens no pacto antenupcial dos nubentes, caso em que deverá ser revogada pela legislação brasileira.

E,

Tendo em vista que a sociedade está sempre passando por alterações, é responsabilidade do direito de família acompanhar estas mudanças de forma a promover e a assegurar a dignidade da pessoa humana a todos os membros do núcleo familiar. (GORCZEVSKI, 2012, p. 254).

Sendo assim, o direito de família tem o dever de buscar a concretização dos ideais constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana de forma não apenas formal, mas também aplicada à realidade.

De forma que o princípio da autonomia da vontade deve ser aplicado também ao direito civil como um todo, uma vez que, historicamente o Estado sempre interveio nas relações familiares. (GORCZEVSKI, 2012, p.258).

De modo que “A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto.” (VENOSA, 2012, p.327). Portanto, o Estado e o legislador devem levar em conta não apenas o patrimônio dos nubentes, mas também o seu ânimo de constituir uma família.

Percebendo isso, em 9 de dezembro de 2010, a Lei 12.344 concedeu aos idosos brasileiros mais dez anos de lucidez, passando o Código Civil a impor o regime de separação obrigatório para aqueles com mais de setenta, e não mais sessenta anos de idade. Alteração esta que se mostra insuficiente embora seja considerada um avanço nos direitos da terceira idade.

Por fim, após a descrição dos quatro regimes de bens possíveis de escolha pelos nubentes no pacto antenupcial, dos princípios constitucionais que indicam a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens, analisadas as melhorias no padrão de vida na terceira idade brasileira e visto como a jurisprudência tem se comportado frente ao tema, pode-se apresentar uma conclusão acerca da constitucionalidade ou não do regime de separação obrigatório de bens aplicado àqueles que possuem idade igual ou superior à setenta anos de idade completos.

Pois a Constituição Federal, em seu âmago deixa claro que todos são iguais perante a lei, sem qualquer forma de distinção, garantindo-se a todos, direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e ao usufruto da propriedade.

5 CONCLUSÃO

Por fim, apresentam-se as conclusões obtidas com o presente trabalho, que de forma geral fez os apontamentos necessários para que se apresentassem os motivos que justificam os entendimentos aqui expostos.

Conclui-se, após a análise de jurisprudência e de entendimentos doutrinários, que a imposição de um regime matrimonial de bens ao indivíduo que possua mais de setenta anos apenas pela presunção de uma possível incapacidade para reger os atos de sua própria vida civil é inconstitucional.

Uma vez que a Constituição Federal apresenta em seu corpo princípios gerais de direito para a população brasileira, entre eles, destacam-se aqueles que de forma mais clara são contrários ao dispositivo previsto no Código Civil brasileiro, artigo 1641, inciso II: a dignidade da pessoa humana, prevista na Magna Carta como um dos fundamentos da República ainda no artigo 1º, inciso III. A igualdade perante a lei, prevista no artigo 5º, caput do texto constitucional e a liberdade humana quanto ao sujeito em pessoa e também aos seus bens, no inciso LIV, do mesmo artigo 5º.

Lembrando que entre os objetivos do presente texto não está a análise do que ocorre dentro de uma união estável quando esta envolve uma pessoa acima dos setenta anos. Mas tão só o casamento. E, para fins de uma melhor compreensão acerca do assunto, a aplicabilidade da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que, conforme a jurisprudência apresentada, caso ocorra esforço mútuo por parte do casal, o regime de separação obrigatória não se aplica aos bens adquiridos na constância do casamento.

No capítulo inicial do trabalho, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta variadas opções aos nubentes que pretendam escolher seu regime de bens em um pacto antenupcial, e que isto se aplica aos casamentos homoafetivos da mesma forma que para os casamentos entre pessoas de sexos distintos. Existem requisitos a serem cumpridos para que o casamento possa ser celebrado, um deles é a capacidade civil dos noivos, que precisam estar aptos a contrair matrimônio.

Neste capítulo também se viu que os regimes de bens previstos no artigo 1641 do Código Civil se impõem como um ônus àqueles que por ventura se casem com a inobservância das cláusulas suspensivas, que necessitem de suprimento judicial para casar, além dos idosos, com idade superior a setenta anos completos.

Com o segundo capítulo pode-se chegar à conclusão de que a Constituição Federal Brasileira é bastante protetiva e seu corpo se faz ciente dos anseios do povo brasileiro, pois traz consigo princípios bastante amplos como a dignidade do homem e seu direito de dispor daquilo que conquistou durante a vida, sendo tratado com isonomia perante a justiça.

Já no terceiro e último capítulo do trabalho a conclusão obtida pode ser exemplificada com o comportamento jurisprudencial apresentado, em que os órgãos julgadores se mostram bastante sensíveis à realidade dos idosos, embora os julgados em sua maioria sejam anteriores à mudança de sessenta para setenta anos ocorrida em 2010, por comparação se obtém a ideia de que os Tribunais concordam com a doutrina, no sentido de que os idosos devem poder escolher seu regime de bens e de que a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal se aplica uma vez comprovado o esforço mútuo na aquisição e administração dos bens.

Estes três capítulos respondem à problemática trazida para este trabalho, que considerando que a população idosa brasileira cada vez mais tem superado os desafios da idade, se adaptando às mudanças que a sociedade contemporânea exige, mostrando-se plenamente capaz e sadia, questiona, é constitucional não permitir também aos septuagenários o direito de decidir sobre o seu próprio regime de bens?

Não. Não é constitucional tratar de forma diferenciada qualquer cidadão brasileiro sem que esta desigualação tenha como norte uma igualação posterior.

De forma alguma, o tratamento dado aos idosos brasileiros quanto a sua autonomia de vontade para a tomada de uma decisão de tão grande importância em suas vidas é constitucional. Pois lhes é retirada a autonomia da vontade e o direito de decidir sobre o futuro do patrimônio conquistado como fruto do seu trabalho.

Se a Constituição Federal prevê que todos serão tratados da mesma maneira, então não se mostra plausível a limitação de direitos imposta aos maiores de setenta anos de idade. Se o texto nela contido prevê que quaisquer indivíduos terão a sua liberdade e livre disposição de bens assegurados, então impedir que alguém decida como seu patrimônio será administrado dentro de uma sociedade conjugal não é constitucional. E definitivamente, impedir que alguém decida sobre sua própria forma de vida, mesmo possuindo plena capacidade mental, apenas porque se presume que esta pessoa seja vulnerável, não vai de encontro com os anseios da Magna Carta.

A dignidade humana deve prevalecer. Os direitos dos cidadãos devem ser sempre resguardados e garantidos por lei. Se conclui que um indivíduo com setenta anos de idade ou mais, pode, e provavelmente terá mais condições de escolher o seu próprio regime de bens do que um jovem de dezoito anos por exemplo, uma vez que o idoso possui uma maior experiência de vida, um acúmulo maior de vivências que lhe permite discernir o que é ou não conveniente para si e para seu patrimônio.

Em resumo, os resultados deste trabalho trazem a conclusão de que o inciso II do artigo 1641 previsto no Código Civil brasileiro de 2002 deve ser revogado por ferir princípios constitucionais e ir contra os direitos dos idosos. Fazendo-se inconstitucional perante os olhos dos doutrinadores e da jurisprudência majoritários.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, D.; BRITO, C. 1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE. *G1*, São Paulo e Rio de Janeiro, 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/08/numero-de-idosos-no-brasil-vai-quadruplicar-ate-2060-diz-ibge.html>>. Acesso em: 30 set. 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: (antigamente casamento e fato, concubinato e união estável)*. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BBC. Número de idosos no Brasil vai quadruplicar até 2060, diz IBGE. *BBC News Brasil*, 29 ago. 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_brasil_lgb>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. Lei n. 10.471, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 out 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n. 442629 RJ 2002/0076185-2*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, DF, 02 de setembro de 2003. Quarta Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7416916/recurso-especial-resp-442629-rj-2002-0076185-2-stj?ref=serp>>. Acesso em: 16. out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso especial n. 736627 PR 2005/0041830-1*. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 01 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148898/recurso-especial-resp-736627-pr-2005-0041830-1>>. Acesso em: 29 set. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2012 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. 1. ed. atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 6.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família – de acordo com a Lei n.12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 6.

GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Constitucionalismo contemporâneo: novos desafios*. Organização de Clovis Gorckzevski e Mônia Clarissa Heninng Leal. Curitiba: Multideia, 2012.

IBGE. *Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação*. 2018. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/-projecao/>>. Acesso em: 06 maio 2018.

III JORNADA de Direito Civil. Enunciado 261. *Conselho de Justiça Federal*, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

LEMOS, M. T. T. B.; ZABAGLIA, R. A. (Orgs). *A arte de envelhecer: saúde, trabalho, afetividade, Estatuto do Idoso*. 1. ed. Aparecida: Idéias & Letras, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Volume XVI.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri: Manole, 2009.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 30. ed. atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed., rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. _____. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Manual de direito civil: família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PASCHOAL, Sérgio Márcio Pacheco. Qualidade de vida na velhice. *Portal do envelhecimento: sua rede de comunicação e solidariedade*. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.com/acervo/pforum/eqvssp4.htm>>. Acesso em: 03 maio 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 5.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Marquês de São Vicente*. 34. ed. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo: Editora 24, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 8. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70009641515*. Apelante: M.S.S. Apelado: J.H.S.S. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 17 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php-?subcat=1121>>. Acesso em: 06 maio 2018.

_____. *Apelação Cível n. 70002243046*. Apelante: A.M.M. Espólio de A.M.M., representado por seu inventariante C.I.M. Relatora: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, RS, 11 de abril de 2001. Disponível em: <<http://mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1121#anc>>. Acesso em: 20 maio 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOARES, Orlando. *Direito de família: de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. 5.

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

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito civil: direito da família*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.