

**PRESUNÇÃO DA INCAPACIDADE DO SEPTUAGENÁRIO NO REGIME DE
SEPARAÇÃO DE BENS EM FACE DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA
LIBERDADE**

PRESUMPTION OF SEPTUAGENARY DISABILITY IN THE SEPARATION
SYSTEM OF GOODS IN THE FACE OF VIOLATION OF THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSPECTIVE AND FREEDOM

Recebido em:	30/11/2018
Aprovado em:	30/12/2018

Robert Souza Gonçalves¹
Débora Moreira Maia Ricaldoni²

Sumário: Introdução 1. Noções de Direito de Família 1.1. Contexto histórico do Direito de Família 2. Regimes patrimoniais no Código Civil Brasileiro 2.1. Conceito de regime de bens e princípios norteadores 2.2. Espécie de regimes de bens. 3. Análise do artigo 1641, inciso II do Código Civil sob a perspectiva do estatuto do idoso. 3.1. Análise do artigo 1.641, inciso II do Código Civil sob a perspectiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3.2. Análise do artigo 1.641, inciso II do Código Civil sob a perspectiva do princípio constitucional da liberdade. Considerações Finais

Resumo: O presente artigo visa tratar a respeito da presunção de incapacidade do septuagenário em face aos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. O Código Civil estipula que as pessoas acima de 70 anos que queiram contrair matrimônio devem obrigatoriamente adotar o regime da separação obrigatória de bens. Portanto, para comprovar que tal medida é equivocada e de certo modo inconstitucional, por violar direitos assegurados pela Carta Magna, será exposto como a doutrina se comporta frente a essa restrição e uma possível solução para suprir tal problema.

Palavra-chave: Incapacidade, septuagenário, Regimes de Bens Obrigatórios, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Liberdade.

¹ Graduado em Direito pelo Instituto Nova de Educação (Nova Faculdade) de Contagem-MG em 2017. E-mail - robertsouzarsg@gmail.com

² Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais (Fead). Especialista em Direito Processual Civil pela Uninter. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna(Uit). Professora de Teoria Geral do Direito Privado, Direito Real, Direito de Família e Direitos das Sucessões do Instituto de Nova Educação (Nova Faculdade) em Contagem-MG e professora de Fundamentos do Direito na Faculdade Fans de Nova Serrana. E-mail: debymaia@gmail.com

Abstract: The present article aims to deal with the presumption of incapacity of the septuagenarian in the face of the principles of human dignity and freedom. The Civil Code stipulates that persons over 70 years of age who wish to enter into marriage must compulsorily adopt the system of compulsory separation of assets. Therefore, to prove that such a measure is wrong and in some ways unconstitutional, for violating the rights guaranteed by the Constitution, will be exposed how the doctrine behaves in the face of this restriction and a possible solution to solve such problem.

Keywords: Disability, septuagenarian, Compulsory Goods Regimes, Principle of the Dignity of the Human Person, Principle of Freedom.

INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo se pauta em uma ramificação do Direito de Família, qual seja o direito patrimonial, descrito a partir do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, onde são elencados preceitos em relação aos regimes de bens. Este estudo terá como finalidade, esmiuçar o regime patrimonial da separação obrigatória de bens realizando uma análise minuciosa do artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, que aborda o impedimento do septuagenário em escolher livremente um regime de bens. Ocorrendo assim, uma presunção de incapacidade dos maiores de setenta anos.

Buscar-se-á analisar se tal restrição está de acordo com os princípios constitucionais, entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. Buscar-se-á, ainda, investigar se essa norma, de fato, visa à proteção do septuagenário contra relacionamentos movidos por interesses econômicos, ou se na realidade, acaba incorrendo em uma discriminação contra pessoa maior de setenta anos. Sendo assim, o presente tema será dividido em três partes, em um primeiro momento, será abordado o contexto histórico do direito de família, no segundo momento, será debatido, especificamente, o assunto relativo aos regimes de bens, abordando desde os princípios norteadores, tendo como maior enfoque o regime da separação obrigatória de bens que é objeto principal deste estudo e no terceiro momento, buscar-se-á, realizar uma análise do artigo 1641, II, do CC/02, sob a perspectiva dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Com objetivo de elucidar se tal restrição outorgada aos septuagenários é de fato inconstitucional ou não, além de expor como a doutrina se posiciona diante dos casos em que se outorga tal norma.

1 NOÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Contexto histórico do direito de família

Antes de proceder à análise do contexto histórico do Direito de Família, se faz necessário expor alguns pontos importantes do seu objeto de estudo, qual seja, a família. Inúmeros são os sentidos do termo família, pois os vários significados é fenômeno normal do vocábulo jurídico. Portanto, urge a necessidade de delimitar o sentido da palavra família. Segundo Maria Helena Diniz³:

É possível extrair três sentidos da palavra família. No sentido restrito, se considera como família, o conjunto de pessoas unidas pelo matrimônio e da filiação, ou seja, são apenas as pessoas ligadas pelo casamento, ou pela união estável e seus filhos, ou por qualquer dos pais e descendentes. Já no sentido lato, considera-se família, o cônjuge ou companheiro, os filhos, os parentes em linha reta ou colaterais, bem como os por afinidade. No sentido amplíssimo, consideram-se família todos os indivíduos ligados pelo elo da consanguinidade ou afinidades, bem como os estranhos, ou seja, nessa acepção, denomina-se como família, o cônjuge, a prole, e as pessoas dependentes e que vivem no seio familiar.

Já a Carta Magna de 1988 refere-se à família como o alicerce da sociedade, tanto que o Estado confere a esse instituto uma proteção especial, conforme se pode extrair da redação do artigo 226 da Constituição Federal, na qual prevê que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado⁴. Ademais, a Lei maior não se pautou apenas em um único modelo de entidade familiar, qual seja, o matrimônio, uma vez que, reconhece como entidade familiar a união estável e a monoparental, que é aquela família formada apenas por um dos genitores e seus descendentes.

Sendo assim, pode se inferir que este instituto regulamenta tanto as relações entre os indivíduos unidos pelo matrimônio, quanto pela união estável ou pelo grau de parentesco. Além disso, Segundo Gonçalves⁵ o casamento, pelos seus efeitos é o mais importante de todos, visto que, é o foco onde se desdobra as regras fundamentais do Direito de Família.

Cumprе ressaltar que a compreensão de família é o que mais se modifica ao longo do tempo, a modernidade e os avanços ocorridos na sociedade de modo geral, fez

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.9 a 10.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da república federativa do Brasil. In. ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

com que o conceito de família fosse bastante diferente dos conceitos adotados pelas civilizações anteriores.

As leis que surgiram antes da Constituição Federal Brasileira de 1988 tinham como objetivo sistematizar o modelo de família patriarcal, privando de proteção jurisdicional as demais formas de entidades familiares e os filhos que fossem havidos fora do casamento. Em 1916, nasce o Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que conforme Luis Edson Fachin⁶ tratava-se de um regime fechado, que elencava apenas disposições que favoreciam a classe dominante, além de tudo, era um Código extremamente discriminatório, em relação à mulher, pelos seguintes motivos: a mulher na constância do casamento era tratada como relativamente incapaz para certos atos, assim a mulher era submissa ao marido para realização de certos atos, além disso, era obrigatório que a mulher ao casar-se adotasse o sobrenome do cônjuge. Com isso, pode-se inferir que a mulher não tinha autonomia, o Código de 1916 preocupava-se mais em proteger os bens do que o indivíduo, sendo este rotulado então, como um código patrimonialista.

Até a promulgação da Constituição de 1988, surgiram leis de fundamental importância para que o Direito de Família se desprendesse dos preceitos do patriarcalismo e das influências religiosas, neste contexto podemos citar: Lei de nº 883/49 que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, a Lei de nº 4.121/62 conhecida como Estatuto da Mulher Casada, na qual, trouxe grande progresso para a mulher uma vez que passou a ter plena capacidade para realizar atos da vida civil, além de não precisar mais de autorização do marido para realização de certos atos. E por último, a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que instituiu a possibilidade das pessoas quebrarem o vínculo matrimonial e contraíssem novas núpcias.

Com o advento da Constituição de 1988, a família recebeu novos contornos, amparados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, pode-se dizer que a Magna Carta foi um divisor de águas, no Direito de Família. Carlos Roberto Gonçalves⁷ afirma que:

A Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando uma verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos. Assim o artigo

⁶ FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Renovar, 2003. p.4

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

226 CF/1988 afirma que a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição. O Segundo eixo transformador encontra-se no § 6º do artigo 277. É a alteração do sistema de filiação, de sorte a proibir designações discriminatórias decorrentes do fato de ter a concepção ocorrida dentro ou fora do casamento. A terceira grande revolução situa-se nos artigos 5º, inciso I, e 226 § 5º. Ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, derogou mais de uma centena de artigos do Código Civil de 1916.

Portanto, a Constituição de 1988 provocou uma grande mudança na formação familiar e social, uma vez que teve como base o respeito aos princípios constitucionais, tais como o da liberdade, igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

2 REGIMES PATRIMONIAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

2.1 Conceito de regime de bens e princípios norteadores

O regime de bens ou efeitos patrimoniais decorre do enlace matrimonial. Logo, uma vez realizado o matrimônio, nasce direitos e deveres pessoais e patrimoniais entre os cônjuges. O Código Civil de 2002 preceitua no artigo 1.639 parágrafo § 1º que “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar a partir do casamento”.⁸ Sendo assim pode-se inferir que, com o casamento, o patrimônio do casal, ou de cada um dos nubentes, estará subordinado às regras previstas na legislação.

Segundo Maria Helena Diniz⁹ a base das relações econômicas entre os nubentes, tem como fundamento, no regime matrimonial de bens, que está subordinado a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos. Além disso, Maria Helena Diniz¹⁰ define regime de bens como:

O conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos interesses pecuniários. Logo trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que começa a vigorar desde a data do casamento.

Quanto aos princípios norteadores dos regimes de bens, pode se apontar quatro. São eles: o da variedade de regimes de bens; o da liberdade dos pactos antenupciais; mutabilidade motivada e o da imediata vigência do regime de bens. O princípio da

⁸ BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.244

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.p.154

¹⁰ *Idem, ibidem*.

variedade de regimes de bens aduz que a Lei coloca a disposição dos nubentes cinco regimes de bens, são eles: comunhão parcial, comunhão universal, o regime da separação obrigatória, o regime da separação convencional, e por último o regime da participação final dos aquestos. Cumpre ressaltar, que não vigora mais o regime dotal¹¹ previsto no Código de 1916. Tal regime foi substituído no novo Código pelo regime de participação final dos aquestos. Neste sentido, explica Carlos Roberto Gonçalves¹² como o regime dotal previsto no diploma de 1916 não vingou, assumiu a sua vaga, no novo Código, o regime de participação final dos aquestos, previsto nos artigos. 1.672 a 1.686.

Já o princípio da liberdade dos pactos antenupciais, ou da livre estipulação, encontra-se respaldo no artigo 1.639 do Código Civil de 2002, na qual prevê que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver¹³. Sendo assim, os nubentes podem escolher o regime que lhes convier. Neste mesmo sentido, Maria Helena Diniz¹⁴, afirma que os nubentes, via de regra, podem escolher livremente qual regime de bens irá adotar, tanto é que a Lei coloca a disposição dos nubentes cinco regimes de bens. Outra característica, decorrente deste princípio é que os nubentes têm a faculdade de criar um regime misto, mas desde que não contrariam princípios e normas de ordem pública que caracterizam o Direito de Família.

Neste sentido, vale lembrar que embora os consortes possam escolher ou criar o regime que lhe for mais conveniente, a Lei por precaução, impõe certo limite nesta liberdade de escolha, como por exemplo, o regime obrigatório da separação de bens previsto no artigo 1.641 do Código Civil, na qual diz que:

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 todo os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

11 O regime dotal estabelecia uma desigualdade no tratamento conferido ao homem e à mulher. Tinha como base o *dote*, que, no sentido técnico e jurídico, era a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transferia sustentação dos encargos matrimoniais, sob condição de restituí-los depois de terminada a sociedade conjugal (GONCALVES *apud* MONTEIRO, 2013, p.449).

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p.449

13 BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.244

14 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Ademais, a liberdade de escolha dos nubentes não é absoluta, uma vez que o artigo 1.655 do Código civil de 2002 estabelece que é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei, neste mesmo entendimento Maria Helena Diniz¹⁵ diz que:

Apesar de haver liberdade dos nubentes na escolha do regime de bens que lhes aprovar, a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos, um regime obrigatório. Entre nós, o regime obrigatório é o da separação de bens, necessário em hipóteses excepcionais (CC, art. 1.641, I a III), quando perdem os noivos a liberdade de escolher o regime matrimonial de sua preferência. Se apesar da proibição legal eles regularem diferentemente seus interesses econômicos, nula será tal convenção, prevalecendo a determinação legal.

O princípio da mutabilidade motivada com fundamento no artigo 1.639 § 2º do Código Civil aduz que é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. Sendo assim, pode se perceber que o objetivo principal deste princípio é a alteração do regime de bens adotado na época do casamento para outro regime, desde que presente os requisitos necessários. No entanto, nem sempre foi assim, pois o Código de 1916 preceituava a imutabilidade ou a inalterabilidade do regime de bens. Neste mesmo raciocínio Carlos Roberto Gonçalves¹⁶ diz que:

O código de 1916 estabelecia a irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges, que devia perdurar assim enquanto subsistisse a sociedade conjugal. Antes da celebração poderiam os nubentes modificar o pacto antenupcial, para alterar o regime de bens. Celebrado, porém, o casamento, ele tornava-se imutável. (GONÇALVES, 2013, p.443).

Insta ressaltar que a imutabilidade do regime de bens preceituada no Código de 1916, era absoluta, comportando apenas uma única exceção de acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, qual seja, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, na qual estabelecia que o estrangeiro casado, com a anuência do outro cônjuge, no ato de se naturalizar brasileiro, poderia optar pelo regime da comunhão parcial, que é o regime legal adotado em território brasileiro.

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p. 443

¹⁷ *Idem, ibidem.*

Com o advento do Código Civil de 2002, esta regra foi abandonada, uma vez que os nubentes possuíam a discricionariedade para alterar o regime de bens adotado, desde que observadas às regras previstas em lei. Por isso, a expressão mais adequada atualmente para este princípio é a mutabilidade motivada. Para comprovar o alegado Carlos Roberto Gonçalves¹⁸ prevê que:

O código civil de 2002, destarte, inovou, substituindo o princípio da imutabilidade absoluta do regime de bens pelo da mutabilidade motivada ou justificada. A inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade exceção, pois somente pode ser obtida em casos especiais, mediante sentença judicial, depois de demonstrado e comprovados, em procedimentos de jurisdição voluntária, a procedência da pretensão bilateralmente manifestada e o respeito a direitos de terceiros. Ademais para que o regime possa ser modificado, são necessários quatro requisitos: a) pedido formulado; b) autorização judicial; c) razões relevantes; d) ressalva dos direitos de terceiros. A falta ou recusa de um dos cônjuges em dar a anuência impede o deferimento do pedido, não podendo ser suprida judicialmente.

E por último, o princípio da imediata vigência do regime de bens, Diniz¹⁹ alega que nenhum regime pode iniciar-se em data anterior ou posterior à do ato nupcial, pois por imposição legal, começa a vigorar a partir do dia casamento. Portanto, pode inferir-se que o regime de bens começa a produzir seus efeitos na data do matrimônio.

2.2 Espécie de Regimes de bens.

O Código Civil de 2002 prevê cinco regimes de bens a ser adotado entres os cônjuges, por ocasião do matrimônio. São eles: o regime da comunhão universal de bens, o da comunhão parcial de bens, o da participação final dos aquestos, e por fim o regime da separação de bens, e o regime da separação convencional. No entanto, cumpre ressaltar que o regime da separação de bens, para alguns doutrinadores, tal como Carlos Roberto Gonçalves, e Maria Berenice Dias se desdobra em regime obrigatório da separação de bens, e regime da separação convencional. Logo, totalizando cinco regimes e não quatro.

Insta ressaltar, que via de regra, os nubentes podem escolher livremente qual regime pautará o casamento. No entanto, na ausência de estipulação entres os cônjuges, vigorará por força de lei, o regime da comunhão parcial, conforme se pode extrair do

¹⁸ *Idem*, p. 227

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. P 168.

artigo 1.640 do Código Civil²⁰, na qual prevê que não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Sendo assim, para que os noivos possam escolher regime diverso da comunhão parcial, será necessário que celebrem o chamado pacto antenupcial. No qual Carlos Roberto Gonçalves²¹ prevê que o “pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento”.

Neste mesmo entendimento menciona Cesar Fiúza²²:

O pacto antenupcial é acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos quatro regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. Será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal, da separação de bens e da participação final nos aquestos. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no Registro Imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí ter validade contra terceiros.

Pois bem, neste momento será abordado acerca de cada regime de bens descrito no Código Civil 2002. O primeiro regime a ser abordado, será o regime da comunhão universal de bens que está descrito nos artigos 1.667 á 1671 do Código Civil de 2002. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves²³:

Regime da comunhão universal é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção nupcial.

Tal regime aduz a comunicação integral de todos os bens dos cônjuges, compreendendo assim, os bens já adquiridos individualmente por cada um antes e durante o casamento, e os adquiridos em conjunto durante o casamento, tornando tudo de ambos. Este regime no Código de 1916 era a regra, sendo assim, este regime se estabelecia caso os nubentes não escolhessem outro. Portanto, pode inferir-se que o regime supracitado era denominado como regime legal ou supletivo, pois caso os

²⁰ BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.244

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p.465

²² FIUZA, César. **Direito civil**. Volume único, 15ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p.1044.

²³ *Idem*, p.472

cônjuges não convencionasse o regime que iriam adotar, a lei os imputavam o regime da comunhão universal de bens. Neste mesmo raciocínio, e como forma de reforçar o argumento acima mencionado Sílvio de Salvo Venosa²⁴ estabelece que o Código de 1916, atendendo á tradição do direito lusitano, escolhera originalmente o regime da comunhão universal como regime legal supletivo por motivos de ordem histórica e moral.

Já o regime da comunhão parcial de bens está previsto nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002. Segundo Carlos Roberto Gonçalves²⁵:

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões, e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso.

Esse é o regime que predomina na ausência da realização do pacto antenupcial entre os nubentes, ou, se o fizerem este for nulo ou ineficaz, conforme disposto no Código Civil de 2002, no artigo 1.640 *caput*, na qual diz que não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, irá vigorar quantos aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

O regime da participação final dos aquestos está descrito nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil de 2002. E consiste, na premissa de que cada nubente possui patrimônio próprio e, na época da dissolução da sociedade conjugal, cada cônjuge tem direito à metade dos bens adquiridos a títulos onerosos na Constância do casamento.

E por último, o regime da separação de bens, que está previsto no artigo 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002. Pois bem, o regime da separação de bens segundo Maria Helena Diniz²⁶:

É aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Portanto existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher. Há incomunicabilidade não só de bens que cada qual possuía ao se casar, mas também dos que veio adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges.

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6º volume, 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p.10

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.p. 472

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.p.191

Além disso, esse regime matrimonial poderá provir de lei ou de convenção, o regime convencional segundo Maria Helena Diniz²⁷:

Pode ser: absoluta, se estabelecer a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos, ou relativa, se a separação se circunscrever apenas aos bens presentes, comunicando-se os frutos e rendimentos futuros.

Em síntese, o regime da separação de bens preceitua que nada se comunica, ou seja, o que os cônjuges já possuíam ao casar, continuará a ser de cada um deles, com exclusividade, não se comunicando com o patrimônio do outro. E tudo o que for adquirido na constância do casamento, seja por compra, doação ou herança, será exclusivo daquele que adquiriu, não integrando qualquer patrimônio comum. A única imposição que a Lei faz é que os dois contribuam para as despesas do casal na proporção dos respectivos rendimentos, a não ser que ajuste de modo diverso, o que poderá ser feito no pacto antenupcial.

Já o regime da separação obrigatória de bens está previsto no artigo 1.641 do Código Civil de 2002. Trata-se, portanto, de um regime patrimonial imposto por Lei aos consortes em determinadas circunstâncias. Esse regime é aquele em que a Lei impõe aos consortes, independentemente de suas vontades, um regime obrigatório, em virtude dos nubentes enquadrarem-se nas hipóteses prevista na legislação civilista. Maria Helena Diniz²⁸ entende que em certas circunstâncias a lei outorgará aos nubentes, o regime obrigatório por razões de ordem pública, visando à proteção dos nubentes, ou por ser exigido como sanção.

O Código Civil de 2002²⁹ prevê no artigo 1641 as hipóteses na qual será aplicado o regime obrigatório. Sendo assim, o referido artigo assim estipula:

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 suprimimento judicial.

A primeira hipótese para aplicação do referido regime obrigatório, trata-se das pessoas que contraírem matrimônio com a inobservância das causas suspensivas da

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.p.243

²⁸ *Idem*, p.192

²⁹ BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.244

celebração do casamento. As causas suspensivas estão previstas no artigo 1.523 do Código Civil e são situações nas quais o Código menciona que não devem casar os que nela se enquadram. No entanto, se casarem, o casamento será válido, mas a consequência será o regime de bens, que obrigatoriamente será o da separação. O artigo 1.523 do Código Civil³⁰ prevê as causas suspensivas, em que aplicará o regime obrigatório.

Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

A segunda hipótese elencada no artigo 1.641 impõe o regime obrigatório de bens em razão da idade dos nubentes. Sendo assim, os septuagenários não poderão escolher livremente o regime patrimonial, tendo em vista que a lei os impõe, um único regime, qual seja, o regime da separação obrigatória de bens. Tal hipótese tem como objetivo proteger o patrimônio dos idosos que podem ser vítimas de um casamento movido por interesses financeiros. No entanto, alguns doutrinadores consideram que essa obrigatoriedade do regime da separação em função da idade se mostra claramente inconstitucional, pois implica em grotesca intervenção do legislador no direito fundamental de liberdade, a partir da presunção de que essa pessoa de 70 anos perderá o juízo e a sobriedade ao encontrar alguém com que se envolva amorosamente e, por isso, não conseguirá decidir adequadamente sobre o próprio regime de bens. Contudo essa norma nunca foi considerada inconstitucional pelo STF. Neste mesmo sentido Maria Berenice Dias³¹ aduz que:

Para todas as outras previsões legais que impõe a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a

³⁰ BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.238

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.257

tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *júris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.

Vale ressaltar que o Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, (2011, p.16) aduz que “a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”. Destarte, quando o casamento for antecedido de união estável não vigorará a odiosa restrição, podendo assim, o casal optar pelo regime de bens que desejarem mesmo que já tenham atingido os 70 anos. Além disso, cumpre ressaltar, que a Lei 12.344 de 2010 alterou a idade de sessenta para setenta anos. Posto isto, os casamentos dos septuagenários que tenha sido advindo por uma união estável, iniciada antes dessa idade, não se aplicará o regime da separação obrigatória de bens.

Já a terceira e última hipótese da aplicação do regime obrigatório de bens está descrita no inciso III do artigo 1641, qual seja, no casamento de todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial. Esse inciso nos aduz que os nubentes menores de 18 anos necessitam de suprimento judicial para casar. Portanto, os nubentes que possuem idade inferior a 18 anos, só poderão se casar quando o juiz suprir judicialmente a ausência de autorização de um ou de ambos os pais. Vale lembrar, que o suprimento judicial só ocorrerá quando o consentimento dos pais for injustificável.

Antes de adentrar propriamente no tema é mister que se faça um breve estudo a respeito da capacidade civil. A capacidade está elencada no artigo 1º do Código Civil de 2002 e prevê que toda pessoa é capaz de direitos e deveres. Ao analisar esse artigo percebe-se que o conceito de personalidade correlaciona com o da capacidade. No entanto, personalidade refere-se a uma qualidade inerente ao ser humano. Logo, todo aquele que nasce com vida torna-se pessoa, ou seja, adquire personalidade. Neste mesmo raciocínio afirma Carlos Roberto Gonçalves³² que personalidade pode ser definida como aptidão genérica para contrair obrigações ou deveres na ordem civil.

Já a capacidade refere-se ao exercício propriamente dito de contrair direitos e deveres na ordem jurídica, ou seja, é a simples faculdade de exercer direitos e deveres. Quanto à capacidade, é necessário fazer uma distinção de capacidade de fato e

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 1º volume, 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.p.92

capacidade de Direito. A capacidade de direito é aquela que toda pessoa tem ao nascer com vida, Gonçalves³³ diz que essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano sem qualquer distinção ao nascer com vida. Já a capacidade de fato, que é objeto do estudo em foco, refere-se à aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. No entanto, nem todas as pessoas a possui, pois devido a certa circunstância, tais como, saúde, desenvolvimento mental, idade, maioridade, a lei com intuito de protegê-los acaba restringindo o exercício pessoal de seu direito, exigindo participação de outra pessoa que o represente ou assiste, ou a própria lei já se incumbe de limitá-los quando achar necessário.

Já incapacidade ela ocorre quando o indivíduo possui a capacidade de direito, mas não possui a capacidade de fato, pelo fato de sofrer certa limitação aos atos da vida civil em razão de sua idade, saúde, dentre outras, necessitando, portanto de amparo. Portanto para Carlos Roberto Gonçalves³⁴ a incapacidade, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei, somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.

Cumprе ressaltar que a legislação pátria prevê dois tipos de incapacidade. A incapacidade absoluta elencada no artigo 3º do Código Civil de 2002 prevê que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Já a incapacidade relativa está prevista no artigo 4º do Código Civil de 2002³⁵ é prevê que

São incapazes, relativamente a certos atos da vida civil ou à maneira de os exercer: I- os maiores de dezesseis anos; II- os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; III- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV- os pródigos.

Portanto, observe-se que a legislação traz dois tipos de capacidade. No entanto, a capacidade afetada pela restrição imposta pelo artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002, é a capacidade de fato, pois quando o septuagenário tem seu direito limitado em escolher qual regime de bens irá adotar-se, em razão de sua idade, acaba a lei rotulando esse indivíduo que até que se prove ao contrário capaz, de incapaz.

³³ *Idem*, p. 95

³⁴ *Idem*, p.108

³⁵ BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.166

3. ANÁLISE DO ARTIGO 1641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO DO IDOSO.

Antes de analisarmos o artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002, face aos direitos dos idosos, é importante tecer um breve resumo a respeito das pessoas que se enquadram nesta faixa etária. Segundo o entendimento de Maria Berenice Dias³⁶:

A palavra idoso em um primeiro momento parece ter conotação pejorativa. Tanto é verdade, que ainda é cercada de certo desprestígio e dispõe de conteúdo quase ofensivo. Daí haver uma série de expressões para identificar as pessoas idosas, tais como, terceira idade, adulto maduro, ancião e melhor idade.

Além disso, fica o questionamento, com que idade afinal alguém se torna idoso? Com advento da Lei 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso, este questionamento em relação à idade veio findar-se, pois o referido estatuto em seu artigo primeiro determina quem são as pessoas que se enquadram como idoso³⁷.

Segue neste mesmo raciocínio a Lei 8.842 de 04 de janeiro de 2004, quando em seu artigo 2º estipula que considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade. Cumpre ressaltar, que o direito da pessoa idosa não nasce com o estatuto do idoso, por isso deve-se trabalhar com regras constitucionais para compreender o contexto histórico na qual foi inserido.

A primeira noção que temos que ter a partir do Direito do Idoso é que todo este conjunto de direitos, normas, regras do septuagenário nasce com o advento da Constituição Federativa de 1988, mas detalhadamente em seu artigo 230 e seus incisos, assegurando constitucionalmente os direitos da pessoa idosa. O artigo 230 da Constituição Federal³⁸ de 1988 prevê que:

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

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.461

³⁷É instituído o Estatuto do idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2003, p. 1204).

³⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da república federativa do Brasil. In. ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.90.

Sendo assim, o septuagenário, sujeito este, que é tratado de forma peculiar, pelo fato de ter chegado a uma fase da vida que é comum a todos, qual seja o envelhecimento, necessita que não só o Estado, mas todos os indivíduos solidariamente se responsabilizem por garantir e assegurar a efetividade das atividades que serão destinadas a este determinado grupo de pessoas. Partindo desta premissa, o Estatuto do Idoso veio regulamentar e tornar eficaz os direitos individuais e as garantias fundamentais das pessoas acima de sessenta anos. Neste mesmo raciocínio prevê Maria Berenice Dias³⁹ que o Estatuto do Idoso se constitui em um microssistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado.

Destaca-se que tal legislação, qual seja, Estatuto do Idoso⁴⁰, traz importantes previsões, acerca dos direitos acima supracitados, entre as quais se destacam:

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

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta lei e da legislação vigente.

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa proteção à vida e a saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

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

Vale ressaltar que, ainda que assegurados todos os direitos aos idosos, se mantém uma injustificável discriminação contra eles, o artigo 1.641 inciso II do Código Civil de 2002 preceitua tal preconceito, uma vez, que reduz a capacidade do septuagenário de eleger o regime de bens que lhe aprouver, impondo-lhes o regime da separação obrigatório de bens. Maria Berenice Dias⁴¹ diz que impor o regime da

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.462

⁴⁰ BRASIL, Lei 10.741 de 01 de Outubro de 2003. **Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.1024

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.466

separação obrigatória, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o matrimônio, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças.

Tal estipulação fundamenta-se na proteção do idoso que pode ser vítima de um casamento movido por interesses econômicos, ou seja, o conhecido golpe do baú. No entanto, essa premissa não pode ser vista como a medida mais adequada para assegurar os direitos dos idosos, uma vez que restringe sua autonomia de escolha e os enfatizam. Ademais, não parece o melhor critério, a legislação estabelecer um fundamento em relação à idade, na medida em que as pessoas acima de 70 (setenta) anos, embora possam existir certas restrições, estão plenamente capazes de exercer os atos da vida civil, e escolher o regime de bens que lhe aprouver. Insta ressaltar que o Código Civil estipula uma idade mínima de 18 anos para começar os atos da vida civil, inexistindo, porém, uma idade máxima em que esta capacidade civil será cessada. Neste mesmo raciocínio aduz Cesar Fiuza⁴²:

De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis diminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada.

Portanto, a idade não pode ser um parâmetro isolado utilizado para definir o regime de bens do setuagenário, uma vez que se faz necessário, comprovar que de fato, a capacidade intelectual e volitiva das pessoas acima de setenta anos está comprometida para exercer os atos da vida civil. Além disso, essa imposição é tão desarrazoada, à medida que temos como chefe do executivo, uma pessoa com mais de setenta anos, decidindo a vida de um país, mas em contrapartida não possui autonomia para decidir sobre seus próprios bens, caso vier a se casar.

Sendo assim, a limitação à autonomia da vontade imposta em detrimento à determinada idade, além de ser execrável, é inconstitucional, uma vez que viola de certo modo, princípios constitucionais amparados pelo estatuto, tais como, o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. Além disso, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil, pois fere o princípio da isonomia previsto no artigo 5º, caput da Constituição Federal de

⁴² FIUZA, César. **Direito civil**. Volume único, 15ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p.1047.

1988, na qual prevê que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

3.1. Análise do artigo 1.641, inciso II do Código Civil sob a perspectiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O sistema jurídico brasileiro é interpretável a partir da ideia de sistema hierarquicamente organizado, no qual se tem no topo da hierarquia a Constituição Federal. Sendo assim, qualquer interpretação da norma jurídica infraconstitucional deve-se pautar, portanto, da norma máxima, ou seja, da Constituição. Rizzatto Nunes⁴³ aduz que:

É um grave erro interpretativo, como ainda se faz iniciar a análise dos textos a partir da norma infraconstitucional, subindo até o topo normativo e princípio lógico magno. Ainda que a norma infraconstitucional que esteja sendo analisada seja bastante antiga, aceita e praticada, e mesmo diante do fato de que o texto constitucional seja muito novo, não se inicia de baixo. Em primeiro lugar vem o texto constitucional.

No entanto, ao analisar a redação do artigo 1.641 inciso II, do Código Civil de 2002, observa-se que não foi respeitado esse procedimento, uma vez que o legislador ao interpretar tal norma, se pautou simplesmente na norma infraconstitucional, qual seja Código Civil de 1916, esquecendo-se, portanto dos princípios constitucionais. Cumpre ressaltar, que o Código Civil de 2002 por ser uma lei ulterior a magna carta, foi elaborado com objetivo de criar normas civis se pautando nos fundamentos constitucionais, todavia, a legislação ainda manteve algumas normas contrárias aos fundamentos trazidos pela Constituição de 1988.

A restrição imposta no regime da separação obrigatória de bens, aos septuagenários demonstra-se incompatível com os princípios basilares embutidos no corpo constitucional de 1988. Conforme já exposto, o artigo 1.641, II do Código Civil de 2002, viola precisamente os princípios da dignidade da pessoa humana, e da liberdade, todos reconhecidos e descritos na Carta Magna como direitos fundamentais. Segundo Maria Berenice Dias⁴⁴:

⁴³ NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.32.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.62

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.

Marcelo Alkmim *apud* Alexandre Moraes⁴⁵ neste mesmo raciocínio aduz que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios, Dias⁴⁶ aduz que o princípio supracitado é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, igualdade e solidariedade, ou seja, uma coleção de princípios éticos. Portanto, esse fundamento deve servir como princípio maior para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas na carta magna. Sendo assim, por consequência, pode-se dizer que a norma que não atentar-se para esse fundamento constitucional, deve ser retirada, uma vez que afronta um dos princípios mais importantes consagrado pela Constituição de 1988.

Cumprе ressaltar, que com o advento da Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana é elevada a patamar de fundamento da ordem jurídica. Tanto é que tal princípio é encontrado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Logo, quando isso ocorre, é nítido a compreensão de que buscou-se uma valorização expressa pelo indivíduo, ou seja, pelo ser humano. Neste mesmo entendimento Maria Berenice Dias⁴⁷ aduz que:

Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade

⁴⁵ ALKMIM, Marcelo. **Teoria da constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p.165.

⁴⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.63

através de conduta ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

Com isso, percebe-se que tal norma ao ser editada não levou em consideração os princípios constitucionais, qual seja, o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade. Ademais, tal medida é indubitavelmente, desarrazoada, tanto quanto descabida, uma vez que reduz o discernimento do maior de setenta anos, tratando-o em condições análoga ao de incapaz no que se refere à escolha do regime de bens, na qual se pretende adotar. Maria Berenice Dias⁴⁸ aduz aduz que ora, se é direito do septuagenário constituir núcleo familiar, também é direito seu escolher o regime de bens que lhe convém, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. Portanto, é direito constitucional do septuagenário ser feliz e dar fim ao seu patrimônio da forma que achar mais conveniente, nada justificando a resistência do Estado em restringir tal escolha. Destarte deve ser feita uma nova análise desse artigo em face aos princípios e garantias constitucionais, pois o direito deve estar em conformidade com a sociedade contemporânea, mas respeitando os direitos constitucionais já estabelecidos.

3.2 Análise do artigo 1.641, inciso II do Código Civil sob a perspectiva do princípio constitucional da liberdade.

O princípio da liberdade, assim como o da dignidade da pessoa humana, é um dos mais importantes e preciosos direitos fundamentais elencados no corpo constitucional, sendo encontrado no artigo 226 §7º da Constituição Federal de 1988. Maria Berenice Dias⁴⁹ afirma que:

A liberdade e a igualdade – correlacionadas entre si- foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direito a garantir o respeito a dignidade da pessoa humana. O papel do direito –que tem como finalidade assegurar a liberdade- é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Neste mesmo entendimento relata Paulo Gustavo Gonet Branco⁵⁰ que:

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.64

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.402.

fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais. A liberdade é proclamada partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas- inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais.

Além disso, Paulo Lôbo⁵¹ alega que:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que o Estado interesse regular deveres que restringem-se profundamente a liberdade, a intimidade e vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

Diante dos posicionamentos dos autores supracitados a respeito do princípio da liberdade, observa-se que mesmo sendo um princípio de grande destaque, o mesmo está explicitamente sendo ignorado, quanto da elaboração do artigo 1.641 inciso II do Código de 2002. A legislação Civil traz o artigo 1.513 do Código Civil de 2002 onde estipula que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Logo, deduz que a imposição determinada ao septuagenário é discriminatória, e até mesmo inconstitucional, uma vez que é proibida qualquer interferência na comunhão de vida instituída pelos consortes, tendo em vista a supressão de Direitos constitucionais amparados pela Magna Carta.

Alem disso, o artigo 1.565 § 2º do Código Civil⁵² de 2002 estipula que:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Concomitantemente o artigo 1.639 caput do Código Civil estipula que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Ambos os artigos foram ignorados em relação ao septuagenário, uma vez que as pessoas acima de setenta anos não têm a liberdade de escolher qual regime irá adotar, bem como realizar o livre planejamento familiar, sem qualquer interferência.

⁵¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.63

⁵² BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.241

Observa-se que o artigo 1.641 inciso II viola o princípio da liberdade ou o da não intervenção, pois atenta contra os direitos dos septuagenários em realizar um livre planejamento familiar sem qualquer interferência Estatal. Por conseguinte, pode-se afirmar que as pessoas acima de setenta anos, que vierem contrair em matrimônio, terão obrigatoriamente que adotar o regime da separação obrigatória de bens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como por finalidade mostrar que a restrição imposta ao septuagenário é descabida e desarrazoada, uma vez que presume a incapacidade civil das pessoas acima de setenta anos. Tal medida não deve prosperar no atual cenário, pois viola atentamente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o da liberdade, sendo estes princípios basilares consagrados na Constituição de 1988.

Cumprе ressaltar que a imposição do regime da separação obrigatória de bens ao septuagenário, revela-se de certo modo inoperante, na medida em que a expectativa de vida dos idosos tem aumentado com o passar dos anos. Além disso, muitos destes septuagenários estão plenamente capazes, sendo até muitos deles responsáveis ainda do próprio sustento, aceitar tal restrição às pessoas acima de setenta anos, seria ratificar que todo septuagenário encontra-se vulnerável e incapaz.

Cabe salientar que cada vez mais, os septuagenários exercem cargos importantes, tanto é que o nosso atual chefe do executivo, o Presidente Michel Temer possui 76 anos de idade, gozando plenamente de sua capacidade física e intelectual. Logo, diante do fato supracitado, pode-se dizer que é um tanto pouco ilógico, a previsão descrita no artigo 1.641 inciso II do Código Civil, uma vez que o septuagenário possui legitimidade para ser chefe do Executivo, mas em contrapartida não pode escolher qual regime de bens irá adotar caso venha a contrair em núpcias. Além disso, insta ressaltar que o setuagenário não pode sofrer discriminação em relação à idade, uma vez que a própria Constituição veda tal preconceito. Portanto, admitir a outorga do regime da separação de bens nas pessoas acima de setenta anos, que estejam em pleno discernimento para tomada de decisões em sua vida, é indubitavelmente, violar os direitos dos idosos amparados pela Constituição.

Portanto, necessita claramente que o artigo 1.641 inciso II do Código Civil seja revogado, uma vez que reveste de inconstitucionalidade, por atentar contra os princípios

constitucionais, mas, caso tal norma não seja revogada, nem alterada, deve o legislador adotar medidas, para que os direitos dos septuagenários não venham ser violados.

Uma medida eficaz seria um estudo biopsicossocial realizado por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar, nas pessoas acima de setenta anos que queiram contrair em matrimônio. Após o estudo, se for comprovado que realmente o septuagenário é incapaz, aplica-se tal restrição já prevista. Caso contrário, deixa a bel prazer que as pessoas acima de setenta anos estipulem qual regime de bens irá reger seu patrimônio.

REFERÊNCIAS

ALKMIM, Marcelo. **Teoria da constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009. p.165.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.166-262

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil (1988). Constituição da republica federativa do Brasil. In. ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.23-92.

BRASIL, Lei 8.842 de 04 de Janeiro de 1994. **Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 19 mar.

BRASIL, Lei 10.741 de 01 de Outubro de 2003. **Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências**. In. ANGHER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2016. p.1204-1210.

BRASIL. Lei nº Lei nº 12.344, de 2010. **Altera a redação do inciso II do art.1.641 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (código Civil) para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 9 mai. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de família**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DILL, Michel Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 13 abril. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5º volume: Direito de família, 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FACHIN, Luis Edson. **Direito de Família – Curso de Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Renovar, 2003. p.4

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciados aprovados – III jornada de direito civil**. (2017) Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 06 jan 2017.

FIUZA, César. **Direito civil**. Volume único, 15ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p.1044-1047.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6º volume, 10º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 1º volume, 14º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.63

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.402.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed, revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.32.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6º volume, 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2009. p.3-10

Esse artigo é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](#). Você tem o direito de: *Compartilhar* — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; *Adaptar* — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.