

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

BARBARA DE SOUZA BESSA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE ESCOLHA DE REGIME DE
CASAMENTO APÓS OS 70 ANOS**

SÃO MATEUS – ES

2019

BARBARA DE SOUZA BESSA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE ESCOLHA DE REGIME DE
CASAMENTO APÓS OS 70 ANOS**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.**

Orientador Me: Rosana Júlia Binda.

SÃO MATEUS- ES

2019

BARBARA DE SOUZA BESSA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE ESCOLHA DE REGIME DE
CASAMENTO APÓS OS 70 ANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

PROF. NOME COMPLETO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADORA

PROF. NOME COMPLETO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF. NOME COMPLETO

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Dedicado a Deus

AGRADECIMENTO

Meu profundo agradecimento a Deus.

Aos meus pais e demais familiares, que me ajudaram e acreditaram na minha capacidade de chegar até aqui, fizeram o que podiam para me ajudar este sonho, apoiando em cada obstáculos e dificuldade enfrentada.

Meus agradecimentos são estendidos aos meus amigos, que ofertaram compreensão e incentivo.

Ao meu orientador, responsável pela realização deste trabalho.

Aos Professores do Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, que muito contribuíram para minha formação acadêmica jurídica.

Aos colegas, companheiros de classe, pelas trocas de experiências e momentos que passamos juntos, por toda amizade e companheirismo.

“Para os erros: um perdão
Para os fracassos: Uma nova chance
Para os amores impossíveis: tempo.
Renato Russo.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo tratar a origem e primeiras leis que estabeleciam regimes de bens e suas variações, que são, regime de comunhão total, comunhão parcial, separação total de bens convencional, separação total de bens obrigatório e participação final dos aquestos. E em seguida, apresentar os atuais regimes de comunhão de bens no casamento no ordenamento jurídico brasileiro. Maria Berenice Dias, doutrinadora, afirma que “o regime de bens é uma consequência jurídica do casamento”. O principal enfoque será a discussão gira em torno da alegada inconstitucionalidade da vedação a escolha de regime de bens quando o indivíduo com 70 anos em diante. Por derradeiro, o trabalho aborda o posicionamento dos doutrinadores acerca da constitucionalidade e o interesse desta proibição por parte da lei. Sendo assim, a pesquisa trata de enfaticamente da constitucionalidade desta proibição, também serão buscados casos que envolvem este tema, que foram levados à juízo, revelando os mais diferentes decisórios dos magistrados.

Palavras-chave: Direito Civil. Regime de Bens. Casamento. Inconstitucionalidade. Setenta anos.

ABSTRACT

The present monographic work aims to address the origin and first laws that established property regimes and their variations, which are, total communion regime, partial communion, conventional total separation of goods, compulsory total separation of goods and final participation of the aquestes. And then present the current regimes of communion of property in marriage in the Brazilian legal system. Maria Berenice Dias, an indoctrinator, states that "the property regime is a legal consequence of marriage." The main focus will be the discussion revolves around the alleged unconstitutionality of prohibiting the choice of property regime when the 70 year old onwards. Lastly, the paper addresses the position of the indoctrinators about constitutionality and the interest of this prohibition by the law. Thus, the research emphatically deals with the constitutionality of this prohibition, we will also look for cases involving this theme, which were brought to court, revealing the most different decisions of the magistrates.

Keywords: Civil Law. Goods Regime. Marriage. Unconstitutionality. Seventy years.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Art. – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CC–Código Civil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJ- Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. CASAMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES.....	15
1.1. CONCEITO DE CASAMENTO.....	15
1.2.DEVERES E OBRIGAÇÕES.....	16
1.2.1.Fidelidade.....	16
1.2.2.Vida em Comum, No Domicilio Conjugal	17
1.2.3.Mutua Assistência.....	17
1.2.4.Sustento, Guarda e Educação dos Filhos.....	17
1.2.5.Respeito e Consideração Mutua.....	18
1.3.REGIME DE BENS.....	19
1.4.ESPECIES DE REGIME DE BENS.....	19
1.4.1.Comunhão Parcial de Bens.....	20
1.4.2.Comunhão Universal de Bens.....	21
1.4.3.Separação Total/ Convencional de Bens.....	23
1.4.4. Separação Obrigatório de Bens.....	24
1.4.5.Participação Final dos Aquestos.....	24
1.5. HERANÇA NOS REGIMES DE BENS.....	26
1.6. PACTO PRENUPCIAL	28
2. LIBERDADE DE ESCOLHA DE BENS.....	30
2.1.PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
2.2. A AUTONOMIA DA VONTADE E AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL	31
2.3.LIBERDADE, IGUALDADE E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
2.4. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O AFETO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE.....	34
2.5.ESTATUTO DO IDOSO.....	35
3. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO.....	37

3.1. IMPOSIÇÃO DO REGIME OBRIGATÓRIO.....	37
3.1.1. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal	39
3.2. UNIÃO ESTÁVEL ESTABELECIDA COM PESSOA MAIOR DE 70 ANOS.....	40
3.3. CAPACIDADE CIVIL E RESTRIÇÃO AO IDOSO.....	42
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa inicialmente trata dos regimes de bens existentes, e a origem de sua necessidade, que é o casamento. O casamento como instituição mais importante da sociedade atual, é que sempre haverá um regime estabelecendo as diretrizes dos bens de um casal que convola núpcias. E para tanto, um a um, são abordados os regimes explicitamente previstos no Código Civil, de modo a revelar como os bens são comunicados ou não bem como, suas influencias para uma possível herança e partilha no divórcio/separação judicial.

A ênfase da pesquisa é a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos idosos com mais setenta anos de idade, numa preocupação estatal com o patrimônio destas pessoas que podem ser alvo de golpes e casamentos com pessoas más intencionadas. No entanto, há insurgência muito grande quando a quebra de garantias constitucionais.

Dessa maneira, surgem indagações como: o que é o regime obrigatório de separação de bens? É inconstitucional a sua obrigatoriedade? Porque a lei prevê esta inibição de escolha?

Este trabalho tem por objetivo geral destacar a inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens aos casamentos celebrados com pessoas com mais de setenta anos. Por derradeiro, o aprofundamento específico do trabalho se até aos princípios e garantias fundamentais da constituição Federal que são feridas por esta previsão, e ainda, a total desfundada justificativa da imposição deste regime de bens, juntando até decisões de magistrados neste sentido.

Desta forma optou-se por se fazer o procedimento metodológico dentro de uma abordagem qualitativa baseado em bibliografia que formula a base da pesquisa.

Para melhor exposição do tema, este trabalho está dividido em Três Capítulos.

O Primeiro Capítulo trata dos deveres e obrigações advindas do casamento, para tanto, no item 1.1 é conceituado o casamento. No título 1.2. e seus subtemas, são destrinchados cada uma das obrigações contraídas com o casamento, que são: 1.2.1 ao 1.2.5., fidelidade, vida em comum, assistência, sustento e zelo com os filhos, respeito e consideração, e etc.

Ao passo que no item 1.3. é tratado o significado de regime de bens, e logo após, no tem 1.4. e suas subdivisões, são esmiuçadas cada uma das modalidades previstas no CC, que são, comunhão parcial, comunhão universal, separação obrigatória e convencional de bens e participação final dos aquestos. Encerrando o capítulo, o item 1.5. trata da herança nem cada espécie de regime, e ainda, no tópico 1.6. como é feito, e o que significa pacto pré-nupcial, exigido em alguns regimes de casamento.

Por derradeiro, o capítulo 2 passa a discutir parte do enfoque do trabalho, que é a liberdade de escolha de regime de bens, que é irrigada de inúmeras garantias que surgem da Lei Maior do Brasil.

Para clarear a inconstitucionalidade do art.1641, do CC, o item 2.1. discute o enfretamento ao supra principio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, se não o mais, um dos mais importante do ordenamento jurídico. E em seguida, o item 2.2. apresenta o princípio da autonomia da vontade e o da autodeterminação como também desafiados por esse artigo de lei, que impõe limitação de escolha de regime.

Por derradeiro, o tópico 2.3, cautelosamente esmiúça ainda o princípio da liberdade, da igualdade entre todos os cidadãos, o que logicamente é desafiado pelo Código Civil, vez que passa a diferenciar e presumir redução de capacidade por conta da idade da pessoa. Em tempo, é apontado do princípio da afetividade, da livre afetividade e importância desta para a vida digna, que também é afrontada com a imposição deste regime de bens.

Por último, o item 2.5. ressalta o que o Estatuto do Idoso, lei importante de amparo e proteção aos direitos do idoso, é denegado a medida em que a proibição de preconceito, distinção, e qualquer forma de exclusão ou privação seja feita á pessoa em decorrência da idade avançada.

No último capítulo nº3, são levantadas questões ainda atinentes a inconstitucionalidade da do art. 1641, do CC, tratando no item 3.1. estudando as motivações do legislador ao impor o regime, que é a proteção patrimonial, que se converte numa possível presunção de fragilidade de redução de discernimento.

Uma Súmula de bastante peso acerca desta temática, é a nº377 do STF, que trata de uma flexibilização do regime de separação de bens, que resta em debate se é aplicável ou não ao caso tratado nesta tese.

Por derradeiro, no item 3.2. é pontuada a união estável entre pessoas com mais de 70 anos, abordagem inteligente, vez que a união estável é reconhecida como instituição familiar, e bastante comum no Brasil, e que cabe estudo do regime que se aplica a estas uniões que não são formalmente estabelecidas.

Por fim, no item 3.3. que encerra o trabalho, insurge-se quanto a esta polemica presunção de redução de capacidade por parte do legislador ao proteger o patrimônio do idoso com mais de 70 anos, abordando o que o Código Civil estabelece acerca da capacidade de fato.

1. CASAMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES

Inicialmente, cumpre salientar que o casamento, desde os tempos da Roma Antiga, é tido como a base da formação familiar, considerada a instituição de mais peso na sociedade, visto que era e não deixa de ser uma das principais formadoras da família. Segundo dita o doutrinador Washington de Barros Monteiro, no ordenamento jurídico, no ramo do direito privado, não há instituto mais pretendido do que o casamento, sendo a maior causa de formação de famílias, e ainda, é instituição de constante mudança, haja visto que os valores e arranjos familiares se mudam o tempo todo, havendo necessidade de adequação das leis às realidades sociais.

1.1. CONCEITO DE CASAMENTO

À luz dos ensinamentos de outra renomada jurista, Maria Helena Diniz, pode-se extrair do livro sobre Direito de família, que: “O casamento é um vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de família.” Sem seguida, ela complementa mencionando Jemolo, Kant e Portalis:

Desse conceito depreende-se que o matrimônio não é apenas a formalização ou legalização da união sexual, como pretendem Jemolo e Kant, mas a conjunção de matéria e espírito de dois seres de sexo diferente para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, através do companheirismo e do amor. Afigura-se como uma relação dinâmica e progressiva entre marido e mulher, onde cada cônjuge reconhece e pratica a necessidade de vida em comum, para, como diz Portalis, ajudar-se, socorrer-se mutuamente, suportar o peso da vida compartilhar o mesmo destino e perpetuar sua espécie.

Clóvis Beviláqua faz as seguintes pontuações sobre o assunto:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações

sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Álvaro Villaça Azevedo adentra noutra patamar acerca da união matrimonial, posicionando-a como “um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade.”

Noutro ponto, o estudioso João Batista de Oliveira Cândido, relembra a mutação constante que este instituto sofre ao longo dos anos:

Toda e qualquer definição sobre casamento sofrerá, ao longo do tempo, alteração significativa, seja em face do enfoque que a ele se dê como instituição, contrato ou como ato; seja em razão de modificações sofridas pela própria família e logicamente da própria sociedade.

Tratada a importância e conceituação de família, importante fazer lembrança das consequências desta união, bem como as obrigações e deveres contraídos.

1.2. DEVERES E OBRIGAÇÕES

De início, ressalte-se que o artigo 1.566 do Código Civil estabelece que os consortes devem se atentar, além dos demais textos legais que serão mencionados logo em diante. Veja:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

Entre os deveres taxados, está a fidelidade recíproca:

1.2.1. Fidelidade

A fidelidade deve ser: amorosa, financeira e pessoal.

a) Amorosa

A fidelidade amorosa se perfaz através da lealdade e guarda de relações extraconjugais entre as partes envolvidas.

b) Financeira

Já a fidelidade financeira se define no dever de não agir dolosamente com interesse de omitir patrimônio, colocando-os em nome de terceiros. Os que agem desta maneira costumam não mostrar sua real situação financeira, deixando muitas vezes o casal passar por vertas privações desnecessárias, ou exigindo muito mais o consumo do patrimônio e remuneração do cônjuge enganado.

c) Pessoal

Por fim, a infidelidade pessoal está relacionada a obrigação do consorte em se comunicar com o outro, discutir amigavelmente as questões a serem solucionadas com aspectos pessoais que atingem a família, como desemprego, doenças que podem acometem ambos, e outras questões.

1.2.2. Vida Em Comum, No Domicílio Conjugal:

Outro dever elencado no artigo supra, é uma questão muito relativizada, vez que muitas vezes por questões como o trabalho, o casal deixa de residir no mesmo lar em tempo integral, as vezes até ficando em estado diferente, ou país. ou até mesmo País. Logo, para ensejar efeitos jurídicos de quebra deste dever, deve haver o abandono familiar, cuja consequência é o abandono material e afetivo.

1.2.3. Mútua Assistência:

A mútua assistência reflete tanto aspectos pessoais quanto patrimoniais, de modo que um cônjuge deve apoiar o outro em sua rotina e problemas, bem como responsabilizar-se solidariamente com as despesas familiares ou com a economia doméstica.

1.2.4. Sustento, Guarda E Educação Dos Filhos:

Outra obrigação contraída, que não ocorre só no casamento, mas em qualquer hipótese quando se gera filhos, é o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

O sustento tem cunho alimentício, dever de custear alimentação, despesas que se direcionam a qualidade de vida dos filhos, cuidados médicos, planos de saúde.

Já a guarda, se relaciona a obrigação concorrente de ambos em guardar e proteger seus rebentos, sendo abrigo e cuidado, estando em atentos ao bem-estar dos rebentos, zelando pelas boas práticas deles, fiscalizando e exigindo obediência e respeito.

Por conseguinte, a educação dos filhos também é um dever dos consortes e pais, que devem acompanhar igualitariamente o cotidiano estudantil dos filhos, observando presença e produtividade.

1.2.5. Respeito e consideração mútuos:

Por fim, o ultimo inciso do artigo em estudo, trata da necessidade de relacionamento pautado no respeito, e estima. Se quebrando o zelo e ternura, se deve realmente extinguir a sociedade conjugal.

Além dos deveres e consequências elencadas no art. 1566, do CC, outros são carreados ao logo do Código Civil. Dentre eles, existem: o dever de direcionar a sociedade conjugal e assuntos atinentes a ele, conforme disposto nos artigos 1.567 e 1.570; ainda, responder legalmente pela instituição familiar, nos moldes dos artigos 1.634, V e 1.690; continuamente, estabelecer domicílio da família, que alcança proteção de bem de família, à luz do artigo 1.569 e 1.567, parágrafo único; em tempo, tem dever de compartilhar no pagamento dos encargos e obrigações do lar, com base no artigo 1.565, I, 567 e 1.568; ainda prevê a lei o dever de controlar a comunidade doméstica, conforme reza o artigo 1.643, 1.644, 1.565, § 1º; Prosseguindo, mencione-se o direito a adoção de patronímico do cônjuge; Em seguida, os consortes tem a garantia de liberdade a escolha de qual profissão; Ainda, os cônjuges podem tem liberdade de demandar em juízo civil ou comercial, salvo se a causa versar sobre direitos reais imobiliários, podendo propor separação judicial e divórcio; contratar advogado; pleitear interdição do companheiro; promover a declaração de ausência de seu consorte; reconhecer filho; praticar atos relativos a tutela ou curatela; aceitar mandato; aceitar ou repudiar herança ou legado;

Mencionadas estas obrigações e direitos que decorrem do casamento, este algo que de modo ou de outro, por escolha ou ausência dela, sempre haverá numa união marital, que é um regime de bens.

1.3. REGIME DE BENS

Dúvida frequente entre os nubentes é a escolha do regime de bens que será adota por eles quando da pactuação do casamento. Desta maneira, é relevante o conhecimento de cada peculiaridade e garantias de cada um deles, de modo que a escolha seja totalmente clara e adequada a situação de cada par.

Como bem salienta Maria Berenice Dias, “o regime de bens é uma consequência jurídica do casamento”. E em consequente, os doutrinadores Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o regime de bens é:

O estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte.

Ante o exposto, levando em conta que uma enlace matrimonial ou uma união estável, são causas de promoção de laços amorosos, muito, além disso, interligam inúmeros outros ponto, como a finança de duas pessoas, que passam a compartilhar despesas, aquisição de patrimônios, de modo que necessário e forçoso que o casal escolha um regime de bens de dite as regras acerca de tudo que é alcançado no decorrer da vida conjunta.

Explique que, os regimes existentes têm como finalidade direcionar e normatizar como os bens adquiridos na vigência do casamento, e mais importantes do que controlar a venda e compra de bens durante a união, é regimentar a divisão destes em caso de divórcio ou separação pretérita, ou ainda, na extinção do casamento pela morte de um dos cônjuges.

Exposta resumidamente a função e a importância dos regimes de bens, no tópico a seguir, serão estudados regimes por regimes, expondo cada peculiaridade e destinação.

1.4. ESPECIES DE REGIMES

O ordenamento jurídico brasileiro possui cinco espécies de regimes de bens:

1.4.1. Comunhão Parcial De Bens

Começando pelo estudo do regime mais usual, que é regra geral, estude-se o da comunhão parcial de bens. Nesta modalidade de regime, o patrimônio que os cônjuges possuíam antes de se unirem, não se comunica e não se divide em caso de dissolução, e apenas, em caso de contraírem bem na vigência da união, é que será passível de partilha igualitária, aquisição onerosa, diga-se de passagem.

Em se tratando de aquisições onerosas, os bens que oriundos de doações e herança, por exemplo, não se unem ao patrimônio comum, ou divisível.

Urge expor que, a peça chave desta espécie de regime é o empenho de ambos para alcançar o patrimônio acumulado, e neste regime, presumem-se alcançados por esforço comum, todos os bens angariados no decorrer do tempo. Deste modo, tudo o que é angariado no casamento ou união estável, é encarado como patrimônio dos dois consortes, sendo irrelevante se alguém possui renda maior, se enfrentou desemprego, ou trabalhava apenas como cuidadora do próprio lar.

Como já exposto, a regra geral é o regime de comunhão parcial, conhecido também como “regime supletivo legal”. É regra geral, pois, quando os nubentes podem e não optam por nenhum regime, diretamente através de um pacto nupcial, o notário já lavra o assento de casamento com este regime de bens, ainda que os noivos não se manifestem a respeito. Veja o que a seção do Código Civil destinada a este regime reza:

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

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

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

Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal.

Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

Conclui-se, portanto, que só se será partilhável, ou prescindirão de anuência ou ciência de manejos de ações e tratativas que envolvam patrimônio de pessoas casadas, neste regime de comunhão parcial, quando o bem for de ambos, adquirido onerosamente após a constância do casamento, conforme dispõe o artigo 1658 do Código Civil de 2002. A lógica temporal para exigência do pacto antenupcial neste regime é exatamente a contrária do previsto para o regime da comunhão universal. Senso assim, aqueles que contraíram núpcias antes de sancionada a Lei Federal nº. 6.515/77, podem converter o antes pactuado, pois esta lei institui o regime parcial como regime regra geral.

1.4.2. Comunhão Universal De Bens

Em tempo, mencione-se o regime da comunhão universal de bens, que unifica e engloba todo patrimônio do casal, não importando quando foram adquiridos, antes ou depois da união, muito menos de que forma foi adquirida. Os débitos e créditos, após o casamento, passam a ser dos dois, metade, metade. Neste regime, diferente do de comunhão parcial, doações e heranças incorporam o patrimônio comum do casal, não havendo exigência de aquisição onerosa.

Ocorre que, como tudo no direito, nada é absoluto, há brechas para essa maciça união de pertences. Exemplo disto é a exceção de incomunicabilidade de bens doados ou herdados, que possuam “cláusula de incomunicabilidade”. Não será cabível inclusão desta cláusula em todo e qualquer doação ou testamento, esta cláusula, ignora o regime de bens, se realizando através da declaração formal do atual proprietário da doação ou herança, de estabelece que seu bem pertencerá apenas a um dos cônjuges, e não integrará o patrimônio comum.

A principal intenção do regime de bens em voga, é a junção positiva e negativa de saldos e débitos dos nubentes. Desta forma, é necessária a confecção de escritura de pacto antenupcial (contrato) para que se opte pelo regime da comunhão universal de bens. Observe o que o Código Civil lista acerca desta espécie de regime:

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

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 .

Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

Conforme se depreende do texto retro, nesta modalidade, em regra, todos os bens, passados, presentes e futuros serão de ambos os consortes, inclusive os débitos, ressalvados os exemplos taxados no art. 1668, do CC.

Urge salientar novamente, que anteriormente, no Código Civil de 1916, até o advento da Lei Federal 6.515/77, este regime, o de comunhão universal, era o estabelecido como regra geral, o usual, até dezembro de 1977, e não exigia pacto antinupcial. Todavia, com a Lei de Divórcio, que estabeleceu o regime parcial como o legal, fez constar que, após esta lei de 77, as nubentes deveriam realizar pacto antinupcial, sob pena de passar a vigor para eles o regime parcial, ainda que constasse diferente na certidão de nascimento.

Registre-se que, a falta de contrato pré-nupcial não torna nulo ou inexistente o casamento, aplicar-se apenas o art. 1640 do Código Civil atual, o qual dispõe que “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

1.4.3. Separação Total/Convencional De Bens

Tratando ainda dos regimes, há de se relevar outra modalidade, o de separação total, ou convencional de bens, quando as partes, o casal, opta por separar totalmente seus bens. Nestes casos, nem dívidas, nem patrimônios, nem anterior, quanto após o casamento, advindos de forma onerosa ou por doação, não serão individuais. Comumente, este regime é objeto de escolha de casais com possuem grande monta e patrimônio, ou que desempenhem atividade empresarial de risco alto, como forma de isentar o consorte de perdas, ou ainda, é objeto de escolha de casais que possuem discrepância patrimonial, ou muitas dívidas por parte de um deles, ou um deles seja muito afortunado e outro não.

A principal finalidade é assegurar liberdade de manejo de bens por parte de cada um dos cônjuges, bem como fazer com que cada um responda por seus gastos e empréstimos, dívidas e descontroles financeiros. Outra particularidade destacada pelo doutrinador Paulo Lôbo, este é o “melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros”, onde cada um governa seus bens, independente do outro, e ainda, salienta o autor, que se deve ignorar o pensamento de que este é um regime escolhido por pessoas que não se amam, ou não confiam no outro, mesmo porque, para que se opte por este regime, os nubentes deixam desde já de ter expectativa de partilhar qualquer bem, o que revela desinteresse material ao prosseguir com o casamento.

Nesta espécie, também se exige confecção de pacto antenupcial. Veja o que a seção que trata deste regime, no Código civil, lista:

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

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Diante tudo o que fora visto, e do que a lei prevê, há de se mencionar a subdivisão do regime de separação total, é que ela pode ser obrigatória ou optativa. Separação convencional de bens. De início, convém ressaltar que na forma obrigatória a própria lei impõe o regime de bens, excepcionando a norma que prevê a liberdade de escolha do regime de bens pelos nubentes. Portanto, pode-se afirmar que o regime de separação obrigatória também constitui regime legal de bens, não sendo exigível o pacto antenupcial para a realização do casamento.

1.4.4. Separação Obrigatória De Bens

A espécie de separação obrigatória, na sua finalidade é semelhante ao convencional, esta modalidade de regime de bens é idêntica à separação total de bens. No entanto, nesta opção, que leva o nome de obrigatória porque uma motivação legislativa, que impõe que os indivíduos com mais setenta anos, ou que contraíam casamento sem observar as causas suspensivas, que necessitem de suprimento judicial para contraírem matrimônio, como os menores de dezoito anos. Neste sentido, dispõe o artigo 1641 do Código Civil:

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 setenta anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Mais a frente, no capítulo 2, será abordada a constitucionalidade desta obrigatoriedade nos casos de casamentos de idosos.

1.4.5. Participação Final Nos Aquestos

Por último, mas não menos importante, estude-se o regime da participação final nos aquestos, que tem pouco uso no território brasileiro. Uma das motivações é o desconhecimento, bem como a mistura de regras e regimes que esta modalidade engloba, unindo ditames da separação convencional e da comunhão parcial de bens, e muitas vezes, precisa de cálculos e apurações difíceis, a fim de alcançar ao certo qual a participação de cada cônjuge sob o bem.

Essa mistura de regimes se divide em duas oportunidades distintas ao longo do casamento. No momento da pactuação e celebração são aplicadas as regras da separação total/convencional de bens. Porém, quando do divórcio, são aplicadas as normas da comunhão parcial de bens, partilhando-se os bens adquiridos onerosamente por cada um durante a união.

O principal enfoque deste regime é o de que os cônjuges ficam unidos nos ganhos e separados nas perdas. Noutras palavras, se mantem a liberdade de manuseio dos bens de cada indivíduo casado, e em caso de extinção da relação, sejam apuradas as meações sobre os bens que o outro adquiriu a título oneroso. Veja os artigos do Código Civil que tratam especificamente desta modalidade de regime:

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

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

Art. 1.678. Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

Art. 1.679. No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Art. 1.680. As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.

Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

Art. 1.682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência.

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.

Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

Também há necessidade de elaboração de pacto antenupcial, através de escritura pública, para a escolha da participação final nos aquestos como regime de bens do casamento.

Impor expor ainda, que esta modalidade é inovadora, imposta pelo atual Código Civil de 2002. Nesta esfera, entenda o que Nicolau Balbino Filho, doutrinador, argumenta:

No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, constituído dos bens que cada um possuía ao casar e os por ele adquiridos a título oneroso, que subsiste até a dissolução da sociedade conjugal.

Ante o exposto, esta modalidade é híbrida, por suportar regras de dois outros regimes, e ainda, como dita o art. 1672, do CC, e ainda, não é regime legal, exigindo pacto pré-nupcial.

1.5. HERANÇA NOS REGIMES DE BENS

Pontuação importantíssima a ser feita é a questão da herança que restará ao consorte viúvo.

Os ditames de como correm os legados e seu pagamento, estão disposto no art. 1923, e seguintes, do Código Civil, nestes, como regra geral, são herdeiros legatários dos indivíduos casados que faleçam. Insta expor que, inicialmente são chamados, em qualquer das hipóteses, os descendentes, que podem ser filhos, e após estes, os netos, e depois os bisnetos e assim por diante.

E nesta esteira, haverá casos em que os filhos iram concorrer com os viúvos de seus genitores, e outros não, isso tudo dependerá do regime de bens adotado no momento da celebração da união diante do tabelião.

De toda sorte, os descendentes de falecido que casado sob o regime de comunhão universal, separação obrigatória dos bens, ou de comunhão parcial de bens- se o falecido não possuir bens particulares- o viúvo sobrevivente não concorrerá no quinhão da herança.

Mas quais seriam os motivos para alguns cônjuges herdarem e outros não? Veja o que a lei recomenda:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Registre-se que, no tocante ao regime da comunhão universal, o viúvo já meia a totalidade dos bens do viúvo- pois todo patrimônio é comum, então, o código civilista entendeu que o cônjuge sobrevivente meiar em todos os bens, e ainda herdar metade do patrimônio remanescente seria desproporcional e injusto com os descendentes e demais herdeiros, de modo que inibe que aconteça.

Conclui-se então, que o cônjuge casado sob regime de comunhão universal será meeiro, e não herdeiro, A única hipótese de herdar, é quando não houver nenhum ascendente ou descendente para herdar.

Seguindo, quando ao regime da separação obrigatória, pelos motivos que ainda serão tratados ao longo do trabalho- como preocupações com interesse

patrimonial, a lei estabelece que não haverá comunicação alguma entre os bens dos cônjuges antes e durante a união, bem como após a vida de um deles.

No entanto, caso não haja herdeiro algum, os bens serão herdados pelo cônjuge vivo, independente do regime de bens.

Neste seguimento, ainda deve ser abordado o regime da comunhão parcial, que não herda nada, em se tratando de o morto deixar bens particulares. Explique-se. Quando o cônjuge sobrevivente casado sob o regime parcial de bens meiar, ele não herdará, mas quando não meiar, aí sim, herdará. Quando o cônjuge falecido não possuir bens particulados, a partilha acaba por ocorrer de forma igual a do regime de comunhão total.

Exemplificação desta hipótese, é aqueles indivíduos que se unem em matrimônio ainda jovens, sem possuir bem algum, passando a adquiri-los aos poucos ao longo da vida. Desta forma, só se tem patrimônio comum e nenhum particular a ser herdado.

De modo a clarear rapidamente o que foi dito neste subtítulo, a opção de regime só irá influenciar na herança, quando houver descendentes que possam inibir o consorte na sucessão.

Desta moda, quando o *de cujus* não tiver filhos, netos ou bisnetos, ou parentes colaterais – exemplos irmãos, tios, primos, etc- nada afetará o regime de bens o casamento, se os bens eram comuns ou particulares, o consorte será o único herdeiro, salvo testamento.

1.6. PACTO ANTINUPCIAL

Conforme mencionadas nos subtítulos acima, há regimes em que é obrigatório o pacto antenupcial antes de celebrar o casamento. Desta forma, o pacto é um contrato celebrado entre os nubentes para optar por um dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico, ou ainda, acrescentar peculiaridades permitidas, de modo a estabelecer como os bens de ambos, no passado, e dali em diante iram ser partilhado ou não.

Insta expor que, este contrato só é exigido quando os consortes foram escolher como regulador de seus bens, os regimes de bens diversos ao legalmente estabelecido, que é o de comunhão parcial, ou, como no caso de obrigatoriedade de separação total de bens, como os idosos acima de setenta anos, pessoas que

casam por força de suprimento judicial, ou ainda, que casam em vigência causas suspensivas da celebração do casamento. Noutras palavras, quem se interessar em casar pelo regime da separação de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos ou por um regime de bens misto precisa fazer um pacto antenupcial. Veja o que o Código Civil assevera acerca disto:

Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.

Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

Por fim, o pacto será realizado por lavratura de escritura pública no cartório de notas e, posteriormente, deve ser levado ao cartório de registro civil onde será realizado o casamento. Após celebrado o casamento, o regime só poderá ser mudado mediante autorização do juízo competente.

2. LIBERDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS

Conforme brevemente relatado, os nubentes têm total liberdade de escolha no regime de bens que irá aderir ao se casarem, salvo exceções específicas, e em caso de silêncio, a lei impõe o regime de comunhão parcial, como sendo o regime legal.

2.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em se tratando da liberdade de escolha, é inegável trazer à lembrança o princípio da dignidade da pessoa humana, explicitamente assegurado pela Constituição Federal, que já em seu preâmbulo registra a defesa à liberdade e a igualdade como valores supremos para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e, em seguida, no artigo 1º, inciso III, estabeleceu o princípio da dignidade como sendo um dos fundamentos da Brasil, que é por vezes e vezes invocadas, sendo considerada base norteadora de decisões e normas no ordenamento jurídico brasileiro.

A importância deste princípio é exaltada nas palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 44), que considera explícita sua grandeza:

O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

Por sua grandiosidade e amplitude, este princípio não guarda relação apenas como o físico e moral do indivíduo, mas também a sua espiritualidade, que é individual e intrínseco à pessoa, de tal forma que todo o ser humano deve ser provido desta. A dignidade da pessoa humana tem sido batalhada desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, que previa regras de assistência e proteção ao homem.

A aplicação deste princípio, não se priva à dignidade individualidade somente, podendo ser incidente no âmbito familiar, social, e qualifica através dos sentimentos

e esforços da pessoa humana, traduzindo as garantias de direito à liberdade, escolha do arranjo familiar que formará, direito à vida, à igualdade, a sobrevivência decente.

Por óbvio, como já salientado, a família é diretamente defendida e amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, neste liame, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, 2012, p. 27, sucintamente aponta: “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito.”

Ainda que algumas questões da vida, como condições econômicas, de classe, de idade, interfiram no modo de como os indivíduos iram se realizar como esposos e esposas, com genitores, ou na sua velhice, o princípio e voga deve forçosamente assegurar a dignidade na autodeterminação da própria vida, sendo indiferentes as particularidades apontadas.

Sendo assim, toda e qualquer família, independentemente do tipo de arranjo, da condição social, das condições financeiras, ou etnia, nacionalidade, deve ser tratada com igualdade, respeitosa e digno, assim como assegura a constituição cidadã, de modo a trazer gozo e satisfação pessoal para os membros da família.

Trazendo à tona a afronta a ser discutida no capítulo 3, adequando a discussão ao princípio em estudo, há de se apontar acerca da inconstitucionalidade do artigo de lei que restringe o direito de escolha de regime de bens em caso de casamento com pessoa maior de setenta anos, o que diretamente afronta a garantia de liberdade imposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, assim como todos os outros que irradiam desta garantia.

Consumado que o princípio em análise é raiz das garantias da personalidade, que garantem a importância e valor de cada indivíduo, tendo estes direitos como sendo indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, inatos e necessários, a fim de poupá-lo de qualquer usurpação ou cessão, de modo a evitar agressões à dignidade. E à luz deste princípio, a liberdade pessoal de escolha do regime de bens se torna indispensável para a sua efetiva concretização

2.2. A AUTONOMIA DA VONTADE E A AUTODETERMINAÇÃO PESSOAL

Sabido que, após a guerra mundial, no período que compreende o sec. XX, houve elevação do valor da humanidade, após números desastrosos de mortes, torturas e segregação. E por isso, houve um clamor inclinado pelo cuidado com a

dignidade das pessoas. E por consequente, necessitou-se desenvolver meios pelos quais essa nova valoração das pessoas passasse a ser respeitados, e que viabilizasse os direitos de existência como uma das traduções da dignidade da pessoa humana.

Nesta esteira, importante expor que os direitos fundamentais possuem caráter singular nas relações pessoais, trabalhando no sentido de tornar parâmetros da Constituição em dispositivos também lastreados no ramo do direito civil. Desta maneira, a garantia da autonomia da vontade, que se revela no poder de escolha que foi expandido, viabilizando que o indivíduo analise e opte pelo que ele mesmo entende como melhor para si. Em suma, simbolizou avanço na seara da autonomia em questões que permitiam o exercício da liberdade.

Analisa deste direito à autonomia digna, cabe ressaltar seu entrelace com outra garantia, que é a autodeterminação, que perfaz a capacidade e a garantia que o homem tem de escolher para qual sentido sua própria vida irá rumar, e a partir disto, construir sua personalidade e estilo de vida. Para o doutrinador, Luís Roberto Barroso, (BARROSO, 2010, p. 24), esta garantia se releva no poder de fazer valorações morais e optar existencialmente sobre a vida, sem uma limitação estatal ou de terceiros.

Num mix de direito civil e constitucional, a garantia da autonomia da entrou em destaque, batendo de frente com afrontas que tentavam limitá-la. Ademais a mais, os direitos fundamentais previstos na Constituição exigem normas que privilegiem a pessoa, sobretudo a observância de sua vontade e autodeterminação.

E neste enfoque de autonomia da vontade e poder de autodeterminação, é que o trabalho enfrenta a legalidade da limitação de escolha de regime de bens aos maiores de 70 anos. Vez que os indivíduos devem livremente escolher pela direção de seus bens e com quem partilham. Assim, a proibição de escolha de regime por conta da idade, impondo regime aos que possuem certa idade, é totalmente desprovida de respaldo jurídico, pois a autodeterminação e liberdade de escolha é princípio que origina da Lei que ocupa o topo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 LIBERDADES, IGUALDADE E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste rumo de garantias constitucionais, cabe mencionar ainda que, no art. 5º, da CFRB, na lista extensa de direitos, concede em seu caput o reconhecimento da igualdade entre todos, sem diferenciação entre idades, sexos, origem, cor da pele, devendo todos serem e terem o mesmo direito perante a lei, estendendo a todos da mesma maneira a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e demais garantias.

Esta igualdade que a Lei Maior prima, é uma idéia defendida por Aristóteles, que desde a Grécia antiga, por sua sabedoria, rezava que se devia “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.” E nesta mesma esteira, já nos tempos modernos, o doutrinador Alexandre de Moraes (2003, p. 50), defende que, “todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.” Resumidamente, a constituição preza pela liberdade dos cidadãos em praticar tudo o que não é defeso em lei. Maria Berenice Dias, em seu artigo Novos Rumos do Direito das Famílias, sabiamente pondera:

A Constituição Brasileira, do ano de 1988, é considerada uma das mais avançadas do mundo. Impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseado nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação. (artigo não datado)

Tendo estes preceitos morais aplicados na Constituição Federal, a influência em outros ramos do direito, como no civil, de forma mais incisiva na esfera familiar, modificando inúmeras questões, movando o enfoque do patrimônio para a afetividade, mudança perceptível entre os Códigos Civis de 1916 e 2002, fortalecendo muito mais a importância da realização familiar e dos seus membros.

No entanto, não pode garantir que a legislação cível atual não possua ainda patrimonialização das relações civilistas. Questão a ser levantada aqui neste tópico de liberdade e igualdade, é a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens nos enlances matrimoniais com pessoas de idade superior à setenta anos. A imposição desta é totalmente eivada de preocupação com o patrimônio deste indivíduo, desprezando o amor que fomenta a relação. E sem apenas violar a dignidade humana, tal imposição priva de liberdade de escolha da celebração do casamento.

Ademais a mais, esta imposição fera a igualdade entre as idades, que dá liberdade ao jovem e prova o idoso, revelando desigualdade entre as faixas etária, o que vai afronta terrivelmente a garantia constitucional, negando ao maior de 70 anos a liberdade, a autonomia, a autodeterminação, no momento da opção por um ou outro regime de bens que regerá a partilha e comunicação dos bens do casal durante e após o casamento.

Por derradeiro, como as ressaltado, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados à liberdade e à igualdade e precisam ser cumpridos nas relações entre Estado e indivíduo, bem como nas interações humanas entre si. E partindo deste pressuposto, é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, se perfaz na aplicação da igualdade deve ser aplicada não só quando o estado- que é superior- se relaciona com o cidadão, mas também, quando particulares- que ocupam o mesmo plano (horizontal), se relacionam em seus negócios jurídicos cotidianos.

Neste liame, Pedro Lenza assevera (2016, p. 1165), [...] “alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização.”

Em suma, segundo estes princípios constitucionais, o indivíduo deve, apesar ou indiferente a sua idade, poder optar pelo regime de bens que bem entender, ao que lhe mais agrada e acompanhar a realidade da familiar que pretender estabelecer, sem que haja imposição estatal que vise simplesmente resguardar seu patrimônio de possíveis más intenções.

2.4. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O AFETO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

O homem, indivíduo, é soma de escolhas e valores que percorrem e resultam numa vida construída por uma carga de feito, que por vezes o destrói ou ou faz alcançar a realização pessoal tão almejada. As aspirações são muitas, como a familiar, social, material, profissional, e demais tantos. Pode-se observar que muitos destes almejos são alimentados pelo afeto, amor ao que se deseja.

Neste sentimento, o princípio da dignidade humana e constituição de modo geral, são regados pela proteção afetiva e garantia de liberdade e importância da afetividade nas relações humanas, passando a garanti-la como bem necessário a

vida digna, já que para que o homem seja plenamente feliz, precisa de relações pautadas em reciprocidade, amor, cuidado. Desta forma, a afetividade ocupa status de legítimo direito da personalidade, que se compreende com aquela garantia direcionada à promoção da pessoa na luta por sua dignidade e essencialidade.

Neste íterim, na intenção de ampliar e promover a real liberdade afetiva e garantir a realização pessoal daqueles que tem a liberdade de amar quem bem entenderem, e de igual forma, prezar pelo gozo e felicidade de todos os membros da família, é que passou-se a reconhecer a famílias instituídas não só pelo casamento, e tantas outras que sempre existiram e que passaram a pouco a serem dignamente conhecidas, por força da CFRB/88.

Neste liame, importante mencionar o reconhecimento da família sócio afetiva, garantindo ainda a multiparentalidade, a inserção do nome do genitor (a) afetivo no registro de nascimento do filho, como forma de garantir iguais direitos entre os filhos biológicos e os sociais(de criação), de modo a promover a igualdade e exaltar a afetividade mais uma vez nas relações.

Insta expor ainda, que o STF no ano de 2011 reconheceu a União Homoafetiva na ADI 4277 e ADPF 132, mais uma vez, desprezando a desigualdade, salientando a importância da liberdade, da afetividade e demais poderes inerentes a dignidade humana.

Portanto, é perceptível como a afetividade tem relação com a existência digna, e remete ao valor da solidariedade almejada pela Constituição, e ainda, mais incisivamente no ramo da família, as relações advindas da espontânea manifestação devem possuir como base a afetividade, afastando-se as preocupações e convicções patrimonialistas insculpidos na entidade familiar.

2.5. ESTATUTO DO IDOSO

Por fim, atente-se a inclinação protecionista que a Constituição Federal brasileira tem como relação aos indivíduos. Esta, que a lei Maior, ergue o princípio da dignidade da pessoa humana como sua essencial, de modo a influenciar todo o restante de seu texto e mais leis infraconstitucionais, no amago de proteger e ampar o cidadão de qualquer espécie de preconceitos, seja quanto a origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, à luz do disposto no seu art. 3º, inciso IV.

Nesta mesma sorte, o art. 230, da CFRB, expõe a igualdade e a proibição de discriminação por idade ao dispor que:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Acerca desta proteção ao idoso, vige desde 1º de outubro de 2003, a lei nº 10.741, que também é chamado de Estatuto do Idoso, que amplia a proteção aos maiores de sessenta anos, uma diretriz já comandada pela Constituição e que foi melhor trabalhada em lei específica, em prol desta classe. Por força de uma proibição já inserida na CFRB, o artigo 4º, do Estatuto do idoso, também repreende a distinção dos indivíduos pela idade avançada, vedando o preconceito ao idoso.

Como consequência destas proibições, a imposição de regime de bens na união de pessoa com mais de setenta anos, conforme se depreende do art. 1.641, inciso II, CC, resta como discriminação ao idoso, por ter como presunção a diminuição da capacidade e discernimento do idoso.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO

Sob a égide que domina o ordenamento jurídico brasileiro, o ramo da família no direito civil, e mais especificamente no casamento, que é regado de sentimentos, tradições e valores, sofre mutações constantes ao longo dos anos. E neste sentido, Silvio Venosa frisa (2017, p. 40), “Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável.”

Como já tratado no capítulo 1, o casamento antes de qualquer coisa, é a junção de dois indivíduos, que com base no afeto, decidem levar uma vida em comum, sendo reconhecida pelo Estado, com intuito de constituir família.

Em sua essência, esta união tende a se basear no afeto, que exalta a realização e expectativas de harmonia e felicidade, deixando em segundo plano outras questões que envolvem essa junção de pessoas, como por exemplo a questão financeira e patrimonial. No entanto, está é uma realidade que deve ser discutida, pois com o casamento, há implicação como a escolha de um regime de bens.

Nesta esteira, o Código Civil estabelece no artigo 1.639, CC, que: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” E logo depois, no art.1.640, p.ú. do CC, prevê a liberdade dos futuros cônjuges tem em optar por um dos regimes previstos no código civilista.

Em consonância com esta garantia, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 388) disserta:

“liberdade de escolherem os nubentes o que lhes aprouver quanto aos seus bens, fundado na ideia de que são eles os melhores juízes da opção que lhes convém, no tocante às relações econômicas a vigorar durante o matrimônio.”

E neste patamar, deve-se ressaltar que o direito civil tem esta livre pactuação como um importantíssimo princípio do regime de bens.

3.1 IMPOSIÇÕES DE REGIME OBRIGATÓRIO

Porém, apesar de toda esta liberdade, autonomia, autodeterminação e dignidade pregada pela Constituição, há uma ruptura deste, através de exceção criada pelo Código Civil, em que se estabelece como obrigatório o regime de separação total de bens em algumas situações.

A imposição está transcrita no artigo 1.641, do Código Civil, *in verbis*:

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.”

Não se pretende discutir a imposição ao que casam com inobservância de causas suspensivas, nem dos que casam com suprimento judicial, mas sim, a inconstitucionalidade desta aos que por simples fato de possuíram idade mais avançado, são impedidos de optar por regime que lhes parece melhor. Ressalte-se que houve mudança consideravelmente recente nesta idade de imposição, que era de 60 anos de idade, mas que com a lei 12.344, de 2010, alterou-se para 70 anos, o que revela a uma atenção do legislador a esta presunção de diminuição de discernimento dos idosos, mas que ainda assim, não possui amparo para sua manutenção.

Esta obrigatoriedade de separação total de bens do idoso com seu consorte, é nada mais do que uma proteção que o Estado dirige ao patrimônio do idoso, de modo a afastar que sejam vítimas de casamentos baseados no interesse econômicos- herdar o que pessoas com pouca expectativa de vida tem.

Segundo pensamento de Maria Berenice Dias, dentre as inúmeras normas que pretendem privar os efeitos de ordem patrimonial ao casamento, não podem elas se furtarem de uma possível tentativas de enriquecimento ilícito, de modo a motivar uma restrição de liberdade. Inegavelmente, antes de proteger, esta imposição do direito civil está muito mais para uma sanção ao idoso, e fere terrivelmente o Estatuto, que presa pela não distinção de idade, pelo não preconceito, pela não discriminação. (DIAS, 2015, p. 327).

E a obrigatoriedade não afronta apenas o Estatuto do Idoso, mas também a preceitos constitucionais. Observe o que Lôbo e Gonçalves dissertam:

A hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e estrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional este ônus (LÔBO, p. 242-243 apud GONÇALVES, 2012, p. 402).

Nesta, ainda que nobre, tentativa de proteger o idoso e seus bens, acaba por fazer com que a lei presuma que o idoso não sabia como administrar i poupar seus bens de pessoas mal-intencionadas, sem ainda perceber, o que é afeto e o que é interesse. Em sendo caso de proteger pessoas com capacidade reduzida, deveria ser analisado caso a caso, e não presumir de forma genérica, que todos os indivíduos com mais de setenta anos têm sua lucidez reduzida, o que é inadmissível.

3.1.1. Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal

Urge expor que, outrora, enquanto ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, este regime de separação obrigatória já sofria questionamentos, vez que obrigava que casais de determinada situação, ou como regime legal(não ausência de manifestação dos cônjuges), o regime fosse este, condição que afasta a possibilidade de divisão de bens que foram batalhados em uma vida inteira juntos, nem sequer nos casos em que a aquisição foi participativa, com ambos aplicando fundos para compra do bem.

Já por sofrer retaliação desde muito tempo, diante de uma deformidade nesta intenção de proteger aqueles que obrigatoriamente devem estar por debaixo deste regime, a jurisprudência desde a vigência do CC/16 tendeu a considerar a união de bens advinda de aquisição onerosa na vigência da união matrimonial, o que ocasionou na edição da Súmula 377 pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguinte termo: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” A edição da invocada Súmula de certo que causou uma fragilidade no regime supra.

E ainda com a mudança de Código Civil que ocorreu em 2002, a previsão de regime da separação obrigatória ainda restou consignada, voltou a empregar a norma em seu artigo 1.641, inciso II, porém, havendo diferença com o anterior que

fazia distinção entre os sexos, passando a norma civilista a importar o regime sob a ótica da idade apenas. Neste crivo:

A alegação é que o Código atual simplesmente desprezou a orientação da justiça e derogou a súmula. Assim, para determinar a repartição dos aquestos, seria necessária a prova da efetiva colaboração na aquisição do patrimônio. Porém, a súmula não havia sido editada em razão de indigitada previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens. Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à injustificável recomendação de não casar. (DIAS, 2015, p. 332).

Revelou-se desafiante a entrada deste código de 2002 em vigência após a edição da súmula, vez que contrariava os novos valores sociais e ignora o pensamento do STF, chegando a trazer dúvida acerca do emprego da súmula 377 e partindo as opiniões dos juristas e doutrinadores, mesmo porquê, o que a súmula faz, é incluir a partilha de bens comprados, advindos onerosamente, é tornar o regime semelhante ao de comunhão parcial dos bens.

O que se pretende afastar com a súmula, é o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – INCLUSÃO DA COMPANHEIRA NA PARTILHA DOS BENS PARTICULARES DO EXTINTO – IMPOSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DOS REGIMES SUCESSÓRIOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL – PARTICULARIDADE DO CASO – UNIÃO ESTÁVEL COM SEPTUAGENÁRIO - REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – IMPOSSIBILIDADE DE A COMPANHEIRA SUPÉRSTITE PARTICIPAR DA SUCESSÃO DOS BENS PARTICULARES (ARTIGO 1.829, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL).(TJ-MS - AI: 14080462220198120000 MS 1408046-22.2019.8.12.0000, Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, Data de Julgamento: 26/09/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/09/2019)

Muitas vezes, após anos e anos de convivência, a viúva ou viúvo, deixa de gozar do direito de herdeira, por esta imposição de preza pela proteção do patrimônio do consorte.

3.2. UNIÃO ESTÁVEL ESTABELECIDADA COM PESSOA MAIOR DE 70 ANOS

Outro ponto importante a ser comentada é a formação de união estável de pessoas maiores de setenta anos. Esta que é considerada também constituidora de família, a união estável, possui respaldo na CRFB, seu art. 226, § 3º, que assim assegura:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ante o exposto, surge a indagação, na união estável também se aplica a obrigatoriedade do regime de separação legal? É de sabença que na maioria dos casos a união estável é formada sem lavratura de escritura, e por conseguinte, sem optar por regime de bens. Sendo assim discute-se, se nas uniões com pessoas maiores de 70 anos há incidência da norma do artigo 1.641, inciso II, do CC.

Analisando o caso sob o crivo do dispositivo 1.725, do Código Civil, resta claro que o regime da comunhão parcial de bens será empregado nas relações patrimoniais provenientes de união estável, ressalvados as pactuações feitas pelos conviventes.

Por outra sorte, tende-se atentar que a união estável é equiparada ao casamento, mormente ao que se refere a questão sucessória, e conseqüentemente, as regras e exceções do casamento, também devem incidir sob as uniões estáveis. Assim sendo, em caso de estabelecimento de convivência marital com indivíduo idoso, com mais de 70 (setenta) anos de idade, haverá a mesma imposição, ainda que não optada ou pactuada por escritura, do regime da separação obrigatória de bens.

A resposta da indagação acima é respondida com respaldo no posicionamento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Veja a seguida, decisão do STJ acerca da temática:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.(REsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)

Desta maneira, esta imposição também se aplica a união estável, e também viola nesta modalidade de união, os princípios constitucionais que garantem os direitos de liberdade, dignidade, igualdade, e demais direito fundamentais, e acime de tudo, reduz o poder de escolha do idoso, por presumir sua redução de discernimento,

Ademais a mais, há de se observar outra exemplificação, que são os casos em que a pessoa já viva em união estável- sob a égide do regime parcial de bens, por exemplo, tendo idade inferior a 70 anos, e após completados os 70 anos, decida celebrar casamento, formalizando a união. Nestes casos, não caberá obrigatoriedade de regime de separação de bens, pois há prolongada vivencia, afastando a necessidade de proteção patrimonial. Considerando que no início da relação não havia imposição de regime, esta se estende ao casamento, este é o posicionamento da por decisão unânime da Quarta Turma do STJ ao apreciar caso concreto semelhante.

O STJ entendeu que, quando do estabelecimento da convivência estável não havia imposição de regime, vigendo o legal, que é o de comunhão parcial de bens, não se poderia impor no casamento, regime diverso, pois a obrigatoriedade seria totalmente desprovida de lógica.

3.3. CAPACIDADE CIVIL E A RESTRIÇÃO AO IDOSO

Considerando a justificativa utilizada para a proteção e obrigatoriedade do regime de separação total de bens, faz-se necessário trazer à lembrança o que o Código Civilista do Brasil trata acerca de capacidade e gozo de direitos e obrigações dos indivíduos. Segundo rege o CC, no nascimento com vida, já se obtém capacidade de direitos e obrigações, considerando que neste momento, já passa a gozar de personalidade civil.

No entanto, há uma subdivisão acerca da capacidade de fato e de direito, sendo que a de fato, apenas se alcança com determinada idade, aos dezoito anos (maioridade civil), e apenas com a capacidade de fato, é que o indivíduo se torna capaz de administrar e praticar atos de civilidade, exigir seus direitos de forma independente, entre outros.

Por derradeiro, aquele que se torna adulto, alcançando sua capacidade de fato, somente poderá ser privado de seu gozo absoluto dos direitos em casos

previstos em lei, que rezam os impedimentos ao exercício habitual dos atos da vida civil, fatos que os tornem incapazes para exercê-los.

Nesta esteira, o art. 3º do Código Civil, estabelece que somente uma questão torna alguém totalmente incapaz, que é a idade menor a 16 (dezesesseis) anos, que necessita de um representante para praticar os atos da vida civil. De igual forma, o art. 4º, do CC também prevê causas de incapacidade parcial, que fazem com o que o indivíduo necessite ser assistido para pratica dos atos civis, e as hipóteses são a idade igual as 16 (dezesesseis) e menor 18 (dezoito) anos, aos ébrios habituais e viciados em tóxico, aos que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente e aos pródigos. Veja:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Ante o que dispõe o código civil dispõe taxativamente os que tem a capacidade total ou parcialmente reduzidas, sem incluir em nenhuma delas os idosos, de modo a não os inclui naqueles que necessitam de ajuda, auxílio para realizarem seus negócios jurídicos, exercer seus direitos ou exigi-los de quem os restrinja ou viole. Incluindo apenas aqueles que estão com o psicológico abalado, ou em estado de vício, desordem nos gastos de seus bens, ou pela idade pouca, que influi nas decisões e maturidade.

Depreende-se que, não há em qualquer dos incisos dos artigos 3º e 4º, do CC, a menção ou exemplo em que se enquadrem os idosos, e nem muito menos, é mencionada a idade exata de setenta anos de idade, o que faz concluir que não há presunção de perda de capacidade de fato, ou redução (total ou parcial) de discernimento ou intelecto por causa da idade em si.

Desta maneira, não há amparo legal para a privação de escolha de regime de bens, e imposição de regime de bens no casamento, por causa da idade do indivíduo, considerando que não há essa presunção de redução de capacidade, que somente faz ferir os direitos da personalidade da pessoa privada do gozo completo de suas garantias.

Neste diapasão, ainda importa salientar que a capacidade se encerra ou nas hipóteses previstas nos textos já expostos, art. 3 e 4, do CC, ou com a morte. Portanto, não se encerra por razão de idade, mas pelo próprio encerramento da vida. Nesta esteira, a obrigatoriedade de um regime pelo simples fato de alguém atingir determinada idade, mesmo que avançada, faz pensar que este passe a ser considerado parcialmente incapaz de exercer os atos da vida civil.

Destarte, a reprimenda resulta na tomada da liberdade de escolha do regime de bens do cidadão com idade superior a setenta anos, passando a considera-lo como incapaz de cuidar do seu patrimônio sozinho na relação conjugal, tomando como regra geral, de que todos os relacionamento iniciados ali por diante tem perigoso de interesse financeiro, o que é esdrúxulo.

Resta evidente que esta imposição deste regime de bens é uma disposição legal autoritária, que é posta no art. 1.641, do CC, que não tem outro interesse que não seja a preocupação com os bens do idoso, o que revela ainda um apego alimentado pela legislação anterior o do Código Civil de 1916, e neste diapasão, este pensamento material, na presunção de que as relações afetivas com pessoas mais idosas são baseadas em interesse nos seus bens, é uma afronta a pessoa idosa.

Destarte que, a obrigatoriedade do regime de separação total às pessoas com mais de setenta anos que convolam núpcias, que é o enfoque deste trabalho, tem como principal justificativa a proteção, porém, uma proteção mascarada. Tudo isto porque, na tentativa de se preocupar com os bens, que é o menos importante, o legislador feriu garantias intrínsecas a personalidade, da dignidade, da liberdade de escolha e tantos outros já detalhados, que fazem parte da constituição e têm peso elevadíssimo para a humanidade e cidadão brasileiro em especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a discussão desta tese, faz-se necessário concluir a problemática que influenciou na escolha desta temática, qual seja, a inconstitucionalidade do art 1641, do Código Civil, que impõe ao idoso com mais de 70 anos, o regime de separação total de bens no casamento, bem como arguiu acerca da motivação que alimentou esta imposição pelo legislador, e quais as implicações deste regime.

Ao tratar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Carta Magna e alicerce das demais normas, o regime obrigatório da separação de bens se coloca contra o mesmo, violando direitos fundamentais de liberdade, de igualdade, e cerceando a autonomia pessoal do indivíduo, afetividade, viola ainda o estatuto do idoso, que assim com a CRFB, despreza o preconceito e qualquer forma de discriminação por qualquer motivo que for.

Ainda corrobora contra esta imposição de regime de bens, a questão de esta alegada proteção, se revelar num entendimento de que esta parcela da população, a com mais de setenta anos de idade, precise que o estado se impõe em suas relações afetivas, de que este não teria mais capacidade de sozinho optar por um regime que melhor lhe pareça, e ainda, não conseguir identificar uma afetividade interessada em seu patrimônio, que ao depender, na parte mais avançada da vida, pode ser muito robusto.

Desta forma, sem individualizar esta imposição, colocando-a como regra indiscutível, o Código Civil restringe a liberdade de escolha, e sem parâmetros, passa a compreender que com certa idade, o indivíduo não possui mais o mesmo

discernimento e não deverá escolher por si só o regime que regulará as relações patrimoniais de seu casamento.

O trabalho ainda aponta a implicação deste artigo de lei nas uniões estáveis contraídas com pessoas com mais de setenta, que por se equipararem as uniões e casamentos, todas deveram se submeter a este artigo 1.641.

O regime obrigatório da separação de bens revela um paternalismo exagerado, o qual fere a autodeterminação pessoal e deixa de considerar o afeto e a vontade como diretrizes das relações familiares, o que não condiz com a aplicação da principiologia constitucional.

Ante o exposto, é de se constatar que o dispositivo em voga sofre de inconstitucionalidade, especialmente ao se preocupar mais com o patrimônio dos idosos do que a manutenção dos seus direitos, dignidade e liberdade. Ainda, se revela numa vergonhosa presunção de incapacidade dos idosos, que já é uma realidade social que deve ser combatida todos os dias.

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Código Civil. Brasília, DF, 2002. In: ANGER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. In: ANGER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 26. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1171820. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF. Revista Eletrônica da Jurisprudência. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 898.060. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. Supremo Tribunal Federal. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 09 maio 2019

CARVALHO, Dimas Messias. Direito de Família: Direito Civil. 2ª ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

CASSETTARI, Christiano. Direito Civil. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Wanderley. Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais. Barueri, SP: Manole, 2004.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. V1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil- Direito das Famílias e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2005. V5.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: . Acesso em: 05 maio 2018.

_____. Novos Rumos do Direito das Famílias. Disponível em: . Acesso em: 08 maio 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, volume 5: direito de família. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.

FIUZA, César. Direito Civil – Curso Completo. 10ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 8ªed. São Paulo: Saraiva 2006

GOMEZ, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 11ed, 1998.

GONJITO, Segismundo. A igualdade conjugal. Direitos de família e do Menor. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: . Acesso em: 04 maio 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1973.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: . Acesso em: 06 maio 2018.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil e legislação civil em vigor. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Carlos Eduardo. A Lei 12.344/2010 e a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6830/A-Lei-12344-2010-e-a-inconstitucionalidade-da-obrigatoriedade-do-regime-de-separação>>. Acesso em: 18/04/2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V6.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMÃO, José Fernando. O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html>. Acesso em: 18/04/2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201, v. V.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: . Acesso em: 04 maio 2018.