

FACULDADE DE CIÊNCIAS GERENCIAIS DE MANHUAÇU

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS: uma análise constitucional da imposição legislativa a luz da teoria de Regras e princípios de Robert Alexy

Giovani Romualdo da Silva

Manhuaçu

2018

## **GIOVANI ROMUALDO DA SILVA**

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS: uma análise constitucional da imposição legislativa a luz da teoria de Regras e princípios de Robert Alexy

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso Superior de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil e Constitucional

Manhuaçu

2018

## **RESUMO**

Este trabalho tem por intuito analisar a (in)constitucionalidade de acordo com Robert Alexy, e suas normas e princípios aplicáveis ao referido tema, quanto a vedação do regime de casamento para os maiores de setenta anos, com base no direito de família diante do artigo 1641 do Código Civil de 2002, assim sendo ressaltar que O maior de setenta anos é, como qualquer cidadão, pessoa de direito e deveres e deveria ter a liberdade, de escolher o regime de bens de seu casamento, contudo a incapacidade do idoso não deve ser medida pelo fato do mesmo chegar a uma idade e, não somente fere as cláusulas constitucionais que tutelam a dignidade da pessoa humana e os princípios da isonomia e do devido processo legal, como ainda é ineficaz quanto à proteção dos bens jurídicos que se supostamente busca tutelar.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade. Idoso. Casamento entre maior de 70 anos. Norma. Princípios.

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO .....	4
2- O MODELO DE PRINCÍPIOS E REGRAS DE ROBERT ALEXY .....	6
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS DIRETRIZES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
4. A VALORAÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO.....	11
5. A INCAPACIDADE PARA O DIREITO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	13
5.1 A CAPACIDADE E A NOVA TERCEIRA IDADE .....	14
6 REGIMES DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO-----	20
7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO .....	22
8. TEORIA DE ROBERT ALEXY E OREGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS .....	25
9. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	27
10. REFERÊNCIAS.....	29

## 1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o condão de analisar a (in) constitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens das pessoas maiores de setenta anos, haja vista que não cabe ao Estado interferir de maneira arbitrária na vida social e familiar da população brasileira.

Sob essa inspiração, e diante os dispositivos e princípios constitucionais da liberdade e dignidade da pessoa humana, faz-se a seguinte indagação: Com base no Estado democrático de direito, que tem como fonte norteadora a dignidade da pessoa humana, seria possível admitir como constitucional a vedação da escolha do regime de bens para maiores de 70 anos?

O grande marco em nosso sistema jurídico, sem dúvida, fora a Constituição Federal de 1988 que, na perspectiva da dignidade humana, consagraria uma cláusula inclusiva (aberta) e não discriminatória (restritiva) para admitir, com base na dignidade humana, na igualdade, liberdade e afetividade, os mais diversos tipos de arranjos familiares e espécies de regimes de bens para o casamento e união estável.

Ocorre que na contramão das diretrizes constitucionais destacadas, o artigo 1641 do Código Civil não acolhe os princípios fundamentais promulgados pela Constituição Cidadã de 1988 pois, ao trazer como obrigatório o regime de separação total de bens, colocando o septuagenário em situação desigual na sociedade, fere sua dignidade, sua liberdade e, de forma ainda mais específica, os princípios do melhor interesse e da proteção integral do idoso, e da proteção às famílias como base da sociedade brasileira.

Nessa perspectiva, como forma de buscar dar uma maior integridade ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao art.1641 do Código Civil vigente o presente trabalho, utilizar-se-á como marco teórico a teoria de sopesamento de princípios e regras de Robert Alexy (2008) demonstrando que o aplicador do direito tem que levar em consideração o direito como um todo, ou seja, dirigir uma interpretação hermenêutica, teleológica e sistemática, não apenas aplicando o direito com base na subsunção de regras propriamente prontas.

Desse modo, demonstrará que a aplicação baseada na escola positivista se mostra inadequada diante do momento de transição que estamos passando através da iminência do neoconstitucionalismo, ao qual traduz uma interpretação hermenêutica de modo a convencer e dando uma melhor estrutura dentro do nosso

ordenamento jurídico, sem, contudo, desprezar a realidade social no qual o indivíduo está inserido.

Neste sentido a teoria de Robert Alexy (2008) traz para o Direito de família, mais precisamente, aos dispositivos civis sobre o regime de bens dos maiores de 70 anos essa irradiação e integridade, vez que tal dispositivo civilista ainda traz resquícios patrimonialistas em desfavor a proteção da pessoa, não podendo prosperar, visto que os ditames da lei maior, devem ser imediatamente aplicadas as normas de proteção às pessoas humanas.

Alexy (2008) faz uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa diferença em sua teoria. O método adotado não é em relação ao grau de generalidade ou abstração das normas, como é usualmente descrito pela doutrina tradicional. Trata-se de uma distinção qualitativa. Isso porque, seguindo a concepção de Alexy (2008), princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2008, apud SILVA, 2003, p. 90).

Desta forma, a reflexão discursiva desse trabalho utilizará como base uma pesquisa de caráter bibliográfica cujo método será o hermenêutico, eis que, para esse estudo, a análise principiológica e interpretativa é essencial para o desvelamento da realidade social, sopesando o direito positivo, a luz da nova sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o presente trabalho, após esse capítulo introdutório, abordará no inicialmente os modelos de princípios e regras de Robert Alexy (2008), bem como suas teorias para comprovação da veracidade dos fatos. Não obstante, no capítulo seguinte, o trabalho tratará sobre os princípios constitucionais como normas diretrizes de todo o ordenamento jurídico brasileiro. No quarto capítulo, será analisado a proteção especial dispensada aos idosos e sua potencial vulnerabilidade. Será aduzido, ainda, no capítulo cinco sobre as normas civilistas brasileiras em relação ao idoso, sua dignidade e capacidade civil. O capítulo sexto tratará sobre as regras civilistas em relação aos regimes de bens. No sétimo capítulo, será feita uma análise sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens a luz da teoria dos princípios e regras de Robert Alexy (2008). Por fim, será feita as considerações finais com base em todo o que já fora exposto e salientando sobre os princípios e regra de Alexy(2008) e o artigo 1641, II do Código Civil.

## 2- O MODELO DE PRINCÍPIOS E REGRAS DE ROBERT ALEXY

Com o principal intuito de descobrir as estruturas dogmáticas, bem como revelar os princípios e os valores que estão escondidos atrás das codificações, Robert Alexy (1997) elabora uma teoria que aborda importantes conceitos acerca da possibilidade de conflitos entre regras e princípios no ordenamento jurídico. Tal teoria, na atualidade, é de suma importância para a concretização de um Estado Democrático de direito (ALEXY, 199, p. 173).

Ao analisar o novo conceito assumido pelos Direitos Fundamentais, na sistemática do direito Alemão, assim como no direito brasileiro, em virtude da positivação nas constituições modernas dos direitos de vigência imediata, Alexy (2008) se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos, bem como uma nova idealização dos princípios.

Nesse sentido, importante se faz trazer à baila, a conceituação de princípios e regras de acordo com a teoria analisada, na qual, segundo Alexy (2008) regras são:

Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicos é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

O conceito de razão prática alexiano desemboca em uma divisão tripartite que corresponde ao trialismo. Neste passo, faz-se necessária uma análise ainda que sucinta de cada um dos seus três elementos: conceito de Direito (1), teoria dos direitos fundamentais(2) e teoria da argumentação jurídica(3).

O primeiro elemento do trialismo abordado por Alexy (2008) é o conceito de Direito, elaborado e desdoblado na forma como será organizado o sistema jurídico. O Direito em Alexy (2008) possui uma conexão necessária com a moral, diferenciando sua proposta da do Positivismo; para quem, em termos gerais, o conteúdo da norma possui importância apenas secundária. A proposta apresentada por Alexy (2008) enfoca a questão do conteúdo, tornando-o relevante. Neste sentido, procura preencher racionalmente o conteúdo da norma, realizando um *upgrade* na sua estrutura, ou seja, é acrescentada internamente à norma jurídica

positivada uma pretensão de correção que lhe confere legitimidade e a atrela a um conteúdo de moralidade (ALEXY, 2008, p.143).

Segundo Alexy (2003):

Não se pode pôr de lado a lei positiva, mas é necessário incorporar a lei positiva em uma justificação moral. A lei positiva é necessária por razões morais, pois se não tivéssemos a lei positiva, estaríamos não somente sem a segurança e eficiência legal, mas também sem a proteção dos direitos que são requeridos pela moralidade. Por outro lado, desde o momento que temos a lei positiva, no interior da mesma, a moralidade é necessária. “Então há uma necessidade moral externa de lei positiva e uma necessidade interna de moralidade no interior da lei positiva.” (WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p.319-320).

Segundo Alexy (2003), numa entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, todos os conceitos opostos são difíceis e devem ser usados com especial cuidado. Naturalmente, o conceito de pós Positivismo pode encontrar significado nas influências, uma espécie de pretensão de correção., e, continua afirmando que:

A pretensão de correção já se encontra na lei positiva, está sempre implícita na lei positiva e alcançou enorme importância devido ao que Hart intitula “textura aberta”, ou seja a textura aberta de cada e toda lei positiva. A ‘pretensão de correção’ consiste no Direito em uma pretensão de justiça, porque a justiça não é nada além do que uma distribuição correta e balanceamento. Se pusermos ambas juntas, a pretensão de correção’ e a textura aberta da lei, poderemos ver que a lei positiva é, de um lado, importante para a democracia por razões democráticas, pois em uma democracia, a lei positiva está proceduralmente justificada pelo processo democrático público o qual dá os contornos à lei positiva; mas contudo, sempre existe, por outro lado, uma ‘pretensão de correção’ e uma textura aberta. Não há outra opção que não seja a de preencher a textura aberta de acordo com a ‘pretensão de correção’; a qual necessariamente inclui uma pretensão de justiça. Isto torna necessária a relação entre Direito e moral.

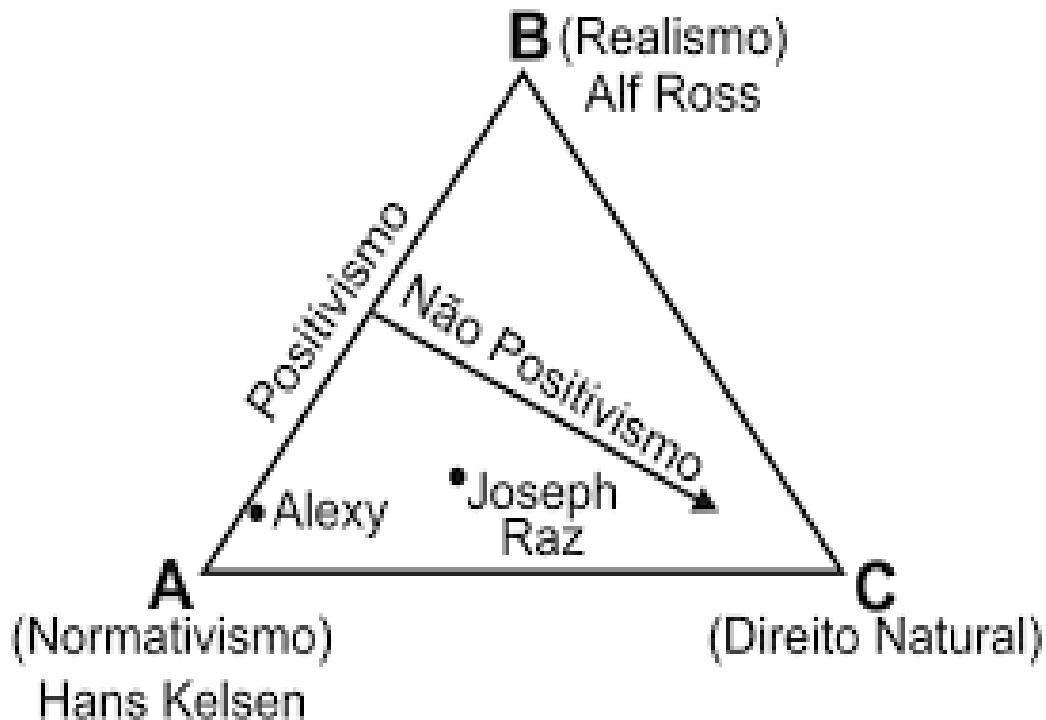
(WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003, p.319-320).

Assim, para Alexy (2003) a lei positiva é necessária por razões morais, pois se não tivéssemos a lei positiva, estaríamos não somente sem a segurança e eficiência legal, mas também sem a proteção dos direitos que são requeridos pela moralidade. Por outro lado, desde o momento que temos a lei positiva, no interior da

mesma, a moralidade é necessária. “Então há uma necessidade moral externa de lei positiva e uma necessidade interna de moralidade no interior da lei positiva.” (WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro: Editora Padma. Ano 4, v. 16, outubro a dezembro 2003. p.319-320).

Destarte, os direitos fundamentais enquanto balizadores de definições precisas e definitivas possuem uma estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede ao nível dos princípios, devido ao seu alto nível de generalidade.

Figura 1 – Triângulo relações Positivismo/ ‘não Positivismo’



Fonte: Wolf (2003.p.319-320)

Assim, Alexy (2008) sustenta que as regras são definidas como normas, pela qual representam o “tudo ou nada” entrando então, no conceito e estrutura da lógica e conclui que o primeiro aspecto deve ser solucionado sobre a luz da subsunção, e respectivamente o sopesamento, assim sendo, as regras seguem da seguinte forma:

Se uma regra vale, então, deve se fizer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção

entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2008, p. 91)

No que tange a solução de conflitos entre as regras entende-se que uma elimina a outra, por questão de invalidade. Ao contrário, na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro no momento da resolução do embate, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem maiores do que as do outro, assim sendo para a solução de um conflito entre regras deve ser introduzida “em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

Consta-se, desta forma, a pertinência da teoria dos princípios como mandados de otimização com um Estado de Direito com bases democráticas, no qual os princípios jogam papel central. Isso porque a ponderação, que é expressão da otimização em termos das possibilidades jurídicas, se configura em limite em face da ação estatal de restrição a direitos fundamentais e ainda decorre da estrutura dos direitos fundamentais enquanto princípios.

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (ALEXY, 2008, p. 93/94).

Pode-se notar desta forma, que, enquanto as regras pertencem ao mundo do juridicamente existente e do peremptoriamente válido, os princípios estão no indefinido mundo do possível ou do concomitantemente possível, desse modo há conflito quando duas regras que sejam aplicáveis ao caso deem soluções contrárias para o caso concreto e não seja possível o estabelecimento de uma cláusula de exceção.

Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2008, p. 92)

Desta forma, Alexy (2008), ao trazer o conceito e o basilamento de regras e princípios, sistematizou todo um raciocínio sobre os direitos fundamentais, trazendo harmonia ao ordenamento jurídico num verdadeiro Estado democrático de direito, tornando-se referência mundial na matéria.

Destaca-se ainda em sua teoria, a utilização de "cálculos" para fazer a ponderação na aplicação dos princípios. Nada mais coerente, sobretudo para qualquer ciência com pretensão de seriedade, posto que "nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção" (ALEXY, 2008, p. 104).

Tal aplicação, colocou uma solução ao enfrentamento da colisão no caso concreto, pois, não deixa apenas nas mãos dos critérios anteriores, mas, numa balança (metáfora do peso), para precisar qual solução será mais viável e racionalmente mais importante em cada caso concreto.

### **3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS DIRETRIZES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

A norma jurídica se comporta como gênero, mas sempre se vê acompanhada de suas espécies que são os princípios e regras que trazem consigo algumas características, no entanto, possuem certa distinção no que tange a qualidade, no campo do direito ou em qualquer outro seguimento, os princípios e tido como fundamento, instrumento norteador que dá sentido a tudo.

Tendo em vista aos princípios constitucionais, a de se ressalvar que mediante aos aspectos do artigo 5º da Constituição, pelo qual aduz o princípio da igualdade e da dignidade no aspecto social, bem como nos deveres e direitos exercidos sobre os cidadãos brasileiros, princípios estes entendidos no ramo jurídico como básicos (BRASIL, 1998, online).

Nesse aspecto de princípios base, comprehende-se como se estes princípios fossem parecidos como a lei em si, por conta de sua proporção na legislação, e tem como intuito proteger o bem tutelado pelo Estado e assim promover o bem de todos (BRASIL, 1998, online).

Entretanto, consideram-se socialmente desqualificado para o convívio social aqueles concidadãos que não obedecem ao ordenamento jurídico. Estes terão suas

liberdades individuais gradualmente cerceadas, mediante aplicação de penas e sanções (civis, penais, administrativas), sendo-lhes mitigado o exercício de determinadas prerrogativas e direitos, tais como propriedade, possibilidade de desempenho de funções públicas, e até mesmo a própria liberdade. Para fundar o ordenamento normativo é necessária uma norma origem e fundamental. A norma fundamental é uma normaposta pelo poder fundante da ordem jurídica e seu traço é sua imposição pelo poder legítimo e constituinte, nesse sentido, é possível admitir a norma fundamental como a primeira de uma ordem hierárquica (SILVA, 2018, s.p).

As normas jurídicas podem ser definidas como um conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, cuja função é regulamentar a conduta das pessoas, ou seja, é a imposição normativa incorporada em uma fórmula jurídica. Podem ter uma conotação de preceito e sanção, cujo objetivo principal é resguardar a ordem e a paz social, porém não devem ser entendidas como instrumento ou ideia relacionada à dignidade (BRASIL, 1998, online).

As normas e princípios aplicados no presente e nas diversas relações jurídicas, sendo especificamente destinadas a todos os cidadãos sem nenhuma distinção. Sua destinação pode ter um alcance de grande amplitude, ao se tratar da relação à norma abstrata definem-se aquelas que induzem uma análise mais específica de um indivíduo (BRASIL, 2002, online).

Diante do exposto a norma se apresenta em um formato imperativo num sentido de conter um comando que imponha um determinado tipo de conduta a ser observado, ou seja, sua imperatividade significa uma obrigação de vontade, nesse caso do idoso ter liberdade de escolher seu regime de bem (BRASIL, 1988, online).

#### **4. A VALORAÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

A pessoa humana, em um Estado Democrático de Direito, possui uma peculiar proteção, tendo por fundamento e cerne da carta magna a dignidade humana. Assim, os direitos são de extrema importância para a realização pessoal de cada um, devendo os poderes do Estado, dar especial atenção ao ser humano.(BRASIL, 1988, online).

De acordo com o que fora elencado pelo autor Angeuski (2000) retratar que “a cidadania se refere as pessoas que estão no pleno gozo dos direitos políticos”, desta forma, os direitos são de extrema importância para a realização pessoal de

cada um em particular, vale ressaltar que os direito e deveres estão assegurados pela Carta Magna, pelo Direito Civil, Declaração dos Direitos Universais, dentre outros, é próprio dizer que estes direito são explícitos a cidadania (ANGEUSKI, 2000, p. 583).

A valorização da pessoa humana se justifica, pois o processo pelo qual o indivíduo constrói e estabelece as suas relações com o ambiente físico e social, foram historicamente formadas e lapidadas. “Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa” (BARROSO, 2013, p.72).

Assim, na concepção de Luís Roberto Barroso (2013), atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF):

A dignidade humana identifica o valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário) (BARROSO, 2013, p.72).

Como pode ser analisado por Barroso (2013), cada um dos elementos possui um significado, ressalvando que o valor intrínseco representa as características próprias dos seres humanos, inerentes a sua natureza, o que os diferencia de outras espécies.

Assim, destaca-se que é uma característica que dá origem a vários direitos fundamentais garantidos pelo Estado, destacando que os elementos do direito não podem simplesmente serem levados em consideração sabendo das necessidades pessoais, contudo cabendo o direito à vida; já a autonomia, nada mais é do que o direito do indivíduo de fazer as suas próprias escolhas, que no campo jurídico é pautado pela autonomia privada e autonomia pública, o valor comunitário representa o papel do Estado no estabelecimento de metas a serem cumpridas de forma coletiva, bem como, as restrições impostas aos indivíduos em nome de um bem maior.

A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição duplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade (SARLET, 2001, p. 46).

Nesta sistemática, enquadra-se o Código Civil atual, pois, tem o indivíduo no centro de todo o ordenamento jurídico, com a valorização da pessoa humana, diferentemente do que ocorria no passado, em que direito cumpria-se sob o aspecto eminentemente patrimonialista, característica da época.

Desse modo, todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da pessoa, desde a propriedade funcionalizados, passando pelas relações de família até as obrigatorias, e assim incluídas ao contrato e a responsabilidade civil (BRASIL, 2002, online).

## **5. A INCAPACIDADE PARA O DIREITO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em concordância com a Constituição Federal de 1988, as inovações trazidas pela lei 13.146/2015 ao Código Civil de 2002 ,que trouxe importantes alterações quanto à capacidade civil dos cidadãos brasileiros , adequando o direito civil as atuais necessidades sociais. Sabe-se que ao se tratar da personalidade civil, todas as pessoas ao adquirir personalidade civil já adquiriu por excelência direitose podendo deles gozar. Em objeção, nem todos são capazes de exercer seus direitos e os atos da vida civil, que consistem na capacidade de fato, sendo assim, salienta que a incapacidade civil é a restrição legal imposta ao exercício dos atos da vida civil, como pode ser visto nos artigos seguintes do Código Civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) 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 ebrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

O artigo 3º do Código Civil estabelece como incapaz o menor de 16 anos, e os relativamente incapazes dos 16 aos 18, após cessa a incapacidade, exceto os casos em que a lei determinar.

Nesse aspecto, relatam as seguintes jurisprudências:

Tratando-se de menor absolutamente incapaz, ocorre a representação e o representante pratica por si o ato que é de interesse do representado, podendo, pois, outorgar procuração ad judicia por instrumento particular.

(Ap. 4.198-1, 31.10.80, 6ª CC TJSP, Rel. Des. CESAR DE MORAES, in RT 551-72). (STF, 2012)

Com relevância a jurisprudência de cima, tem-se abaixo que complementa o contexto do trabalho.

As pessoas absolutamente incapazes não podem constituir procurador, contudo, tratando-se de menoridade absoluta, ocorre a representação, e não a assistência, praticando o representante por si o ato que é de interesse do representado, podendo, pois, a procuração ser outorgada por instrumento particular.

(Ap. 10.259, 29.6.77, Iª CC TAMG, Rel. Juiz OLIVEIRA LEITE, in RT 530-204).(STF, 2013)

Desta forma, não se pode exigir de terceiros o entendimento e a desconfiança de possível incapacidade do contratante, sendo que a interdição só produz efeitos após seu acolhimento por sentença e à lei importa mais proteger terceiro de boa-fé do que interesse de incapaz. Os negócios praticados por não interditado são válidos, assim sua anulação só pode ser pleiteada em ação própria.

## 5.1 A CAPACIDADE E A NOVA TERCEIRA IDADE

O idoso, em geral, fica sem saber ao certo ao que tem direito, ou não, pois, muitas vezes, trata-se de pessoas fragilizadas e, em sua maioria, sem condições de ter acesso às informações corretas, sem considerar ainda que quando as possuem, nem sempre têm condições de compreender essas informações, a uniformização do conceito de idoso, com um só parâmetro de idade, certamente facilitaria a aplicação das leis vigentes que versam sobre o assunto.

Na atualidade o avanço da medicina proporcionou condições para que as pessoas vivam mais. Porém, a longevidade conquistada não tem significado sem as condições para obter qualidade de vida. Envelhecer é um processo vital inerente a

todos os seres humanos. A velhice é uma etapa da vida, parte integrante de um ciclo natural, constituindo-se como uma experiência única e diferenciada.

Idade não significa incapacidade e nem tão pouco existe previsão legal para impedir o idoso de praticar atos civis, exceto regime separação obrigatório de bens, portanto, poderá o idoso dispor dos seus bens a qualquer momento, ao se tratar de atos e ações legais, contudo pode ser requerido ao idoso que apresente um laudo médico alegando a sua lucidez, para fim de evitar futuras impugnações de terceiro.

Atualmente não há repúdio de que o idoso não tem capacidade para cumprir com suas atividades legais, como vender comprar ou doar bens, enfim continuar gerindo sua vida normalmente, não sendo possível questionamentos da idade avançada, portanto ao atingir os 60 anos, marco inicial tido pela legislação para caracterizar o ser humano como idoso, este ainda encontra-se em pleno vigor (Estatuto do Idoso, Art. 1º, online).

Eis que convém desde já esclarecer que inexiste idade máxima na legislação para que se possa exercitar livremente todos os atos da vida civil.

Ao contrário, o artigo 2º do Estatuto do Idoso relata que a pessoa idosa tem todos os direitos resguardados inherente à vida:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inherentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2018, p.1024).

Em vista disso, a concepção de velhice não caracteriza a pessoa como incapaz, se esta, por sua vez, possui sua mente saudável está ciente de seus atos e posicionamentos. Nesse sentido, afirma Coelho que “A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada de idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses” (COELHO, 2003. p. 178).

Não obstante, importante destacar que, na atualidade, há um aumento da taxa de longevidade humana, que o novo estilo de vida presente na subcultura das pessoas fazem com que os idosos afirmam que a “velhice não existe”, “é um estado de espírito” e que “a vida começa depois dos 40 anos”. Designando a nova terceira

idade com termos mais adequados a realidade, entre os quais, adulto maduro, idoso, pessoa idosa, “melhor idade”, maturidade, idade madura, maioridade, idade “legal”, e o mais comum deles, a terceira idade.

A Organização Mundial de Saúde – OMS – determinou como 75 anos a idade cronológica para a entrada na velhice, observando-se o aumento progressivo da longevidade e expectativa de vida, entendendo ser esta a idade em que se encerra a fase economicamente ativa da pessoa e começa a aposentadoria.

Diante do conceito de Sá (2002), o idoso é considerado:

[...] um ser de seu espaço e de seu tempo. É o resultado do seu processo de desenvolvimento, do seu curso de vida. É a expressão das relações e interdependências. Faz parte de uma consciência coletiva, a qual introjeta em seu pensar e em seu agir. Descobre suas próprias forças e possibilidades, estabelece a conexão com as forças dos demais, cria suas forças de organização e empenha-se em lutas mais amplas, transformando-as em força social e política (SÁ, 2002, p. 1119-1124.)

Não obstante, no Brasil, o crescimento da população idosa supera o da população total, evidenciando-se no período entre 1940 à 1950 uma taxa de crescimento médio anual era de 2,34%, sendo o da população idosa de 2,57%. Projeções feitas para 2010 e 2020 apontam que o ritmo de crescimento da população será aproximadamente de 1% para 3,80% da população idosa. Segundo pesquisa realizada pelo Banco Mundial, até 2050, o Brasil terá uma população idosa beirando a 64 milhões, correspondendo a 29,7% da população total do país.

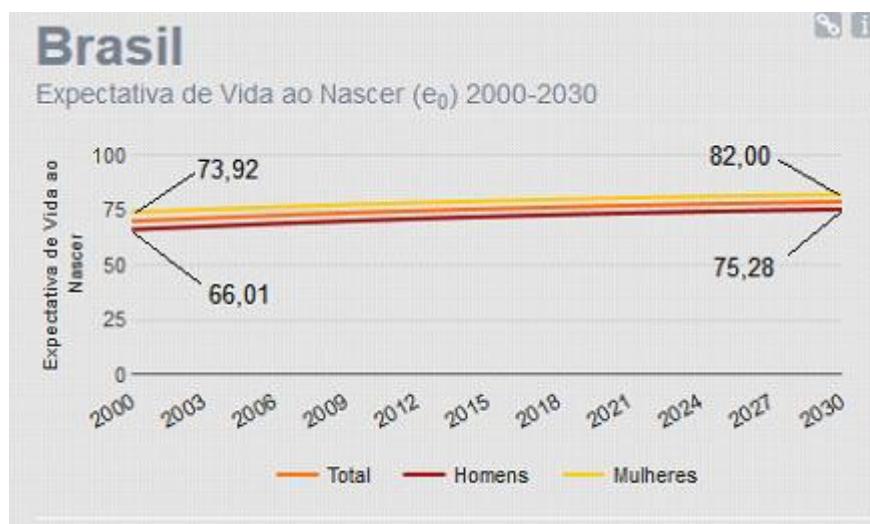
A cultura da terceira idade/”melhor idade”, hoje em dia ,tem se firmado com hábitos próprios no que concerne a lazer, sexualidade, alimentação, vestuário, turismo, sendo o número de idosos pertencentes as classes AB maior do que a média nacional – 38% dos idosos para 29% da população mais jovens nas regiões metropolitanas.

O Índice de Bem-Estar da UNIMED/UFRGS avaliou, em cada uma de suas edições, aproximadamente 500 pessoas acima dos 18 anos. Bem-estar físico; autonomia; liberdade; convívio social; bem-estar psicológico e espiritualidade, num total de doze aspectos, formam o índice. Nos três anos de realização da pesquisa, os resultados sempre apontaram para uma vantagem dos idosos em relação aos

mais novos – mesmo dentro das classes sociais mais pobres. Comparando-os aos jovens entre 20 e 24 anos, os idosos saíram-se melhores – veja bem – em todos os doze aspectos avaliados. Na análise histórica, desde 1985, percebe-se que é justamente entre os 60 e 74 anos que a produtividade mais tem crescido. Em 1985, eles rendiam cerca de 20,9 dólares por hora; em 2010, 25,5, ou seja, um aumento de 21%. Na faixa etária entre 35 e 59 anos, esse crescimento em produtividade ficou em apenas 7% (MINOZZO, 2017, p.1251).

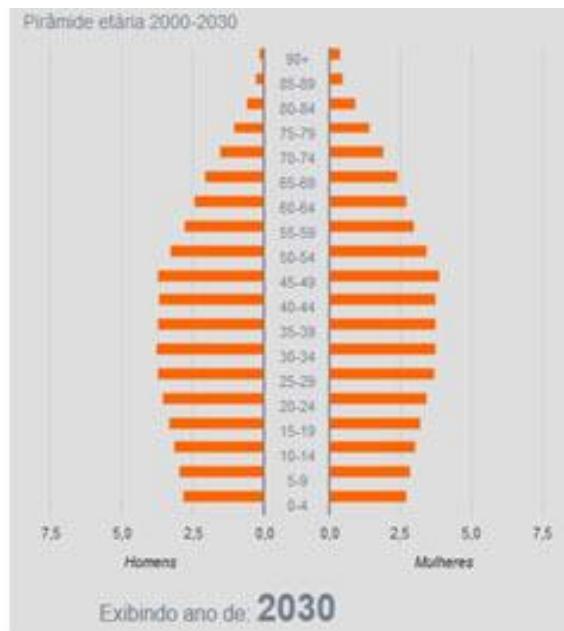
A população brasileira, no dia 13/05/2016, contou com 205.885.346 habitantes, conforme Projeção feita do site do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, onde se nota que a maior parte da população é jovem, mas, demonstra ainda que haverá um aumento significativo de idosos, onde, no ano de 2000 a idade era de 66,01 para homens e 73,92 para mulheres, a projeção para 2030 será de 75,28 para homens e 82,00 para mulheres, percebendo assim que a expectativa de vida dos idosos aumenta a cada ano, conforme se pode notar nas Figura 2 e 3. (IBGE, 2018, online).

Figura 2 – Expectativa de vida ao Nascer 2000-2030



Fonte:fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistica-IBGE

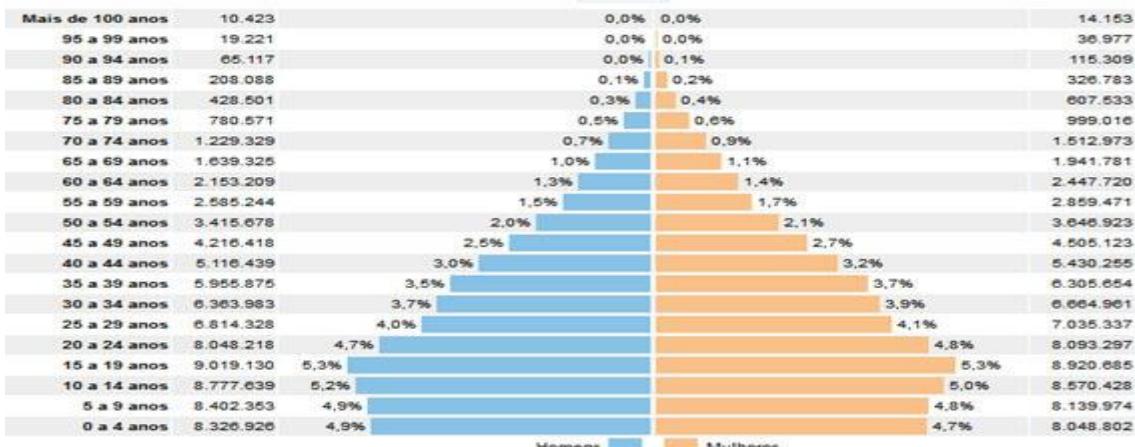
Figura 3 – Pirâmide Etária 2000-2030



Fonte: fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE

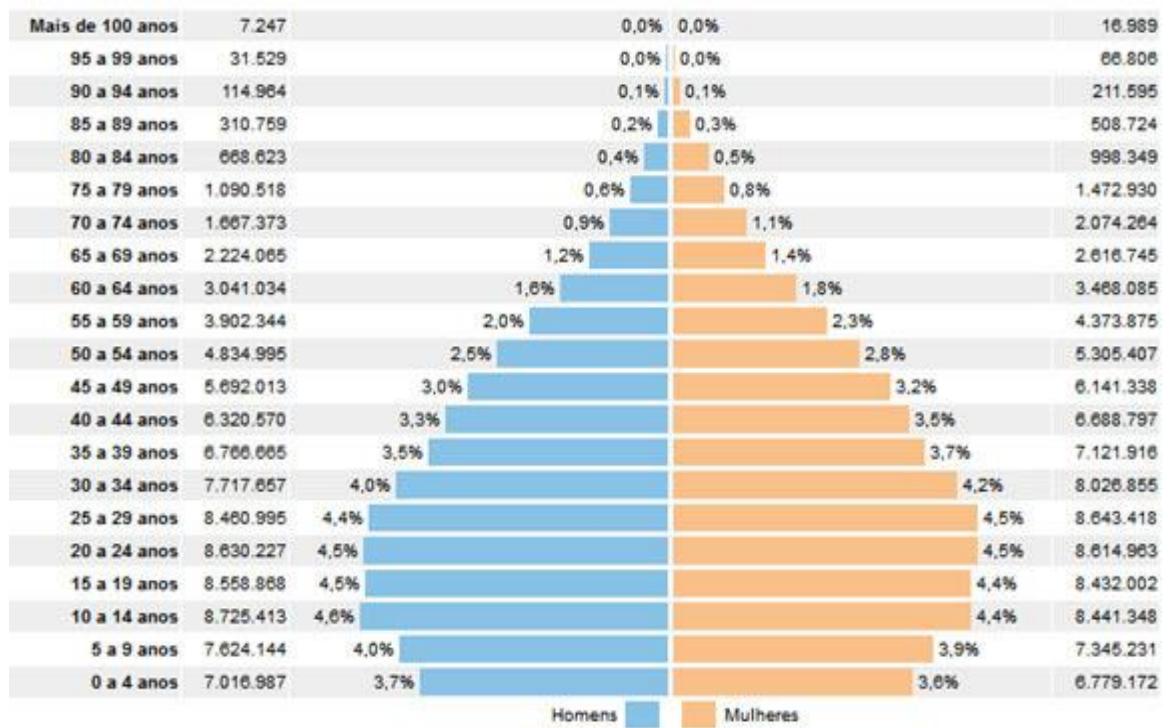
O Censo realizado a cada 10 (dez) anos pelo IBGE demonstra que, em 2000 e 2010 houve um aumento na quantidade e porcentagem de pessoas acima de 70 anos na população brasileira, conforme de retira das Figuras 4 e 5 (IBGE, 2018, online).

Figura 4 –Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade. Ano 2000



Fonte: fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE

Figura 5 –Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade. Ano 2010.



Fonte: fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE

Como se pode retirar dos gráficos acima, a população brasileira está ficando mais velha e a cada ano o índice aumenta, e com a expectativa de vida cada vez mais elevada, decorrência do avanço tecnológico ao longo dos anos na área da saúde, proporcionando uma condição melhor da qualidade de vida, assumindo assim uma parcela da população ainda maior.

De acordo com o que fora dito no presente capítulo, entende-se que a nova terceira idade abrangida e citado no mesmo, decorre do aspecto pelo qual os idosos estão vivendo mais, e com uma qualidade maior, tornando-as lúcidas e capazes de gerir sua vida com autonomia, por uma idade relativamente maior do que o artigo 1641 do Código Civil diz, sendo assim a nova terceira idade em conjuntos aos princípios constitucionais quais aduzem a teoria de Alexy (2008), e apresentadas nos gráficos acima que os idosos possuem o pleno direito de gozar de seus direitos estabelecidos e elencados em comum acordo .

## 6 REGIMES DE BENS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Considerando a vida em comum que se estabelece entre os cônjuges a partir do matrimônio, torna-se imprescindível que sejam pré-fixadas as diretrizes e princípios que irão disciplinar as relações econômicas e os interesses dos cônjuges. Essas diretrizes e princípios constituem o estatuto patrimonial dos cônjuges e recebe, em nosso ordenamento, o nome de regime de bens. Bevilácqua (1943) traz um conceito sucinto: “Regime de bens no casamento é o conjunto dos princípios jurídicos, que regulam as relações econômicas dos cônjuges” (BEVILÁCQUA, 1943, p. 171).

Assim, constata-se que, desde a promulgação da CF/88, a qual igualou, no casamento, o homem e a mulher, passaram os cônjuges a assumir a condição de consortes, responsáveis pela manutenção da família e,a entidade conjugal passou a arcar com os encargos familiares.

O regime de bens está previsto no Título II (Do Direito Patrimonial), Subtítulo I (Do Regime de Bens entre os Cônjuges), nos artigos 1.639 usque 1.688 do Código Civil; e também é chamado de “estatuto patrimonial dos cônjuges”, que nada mais é do que uma forma especial de contrato que disciplina as relações econômicas durante o casamento (BRASIL, 2002, online).

Cada regime de bens, possui peculiaridades específicas e, destaca-se que há liberdade de escolha, via de regra, entre os nubentes em relação ao regime de bens, assim como disciplinar um regime novo de bens o qual pretendem seguir no pacto antenupcial de acordo com o artigo 1.639 do Código Civil, e, em caso da ausência escolha, ou sendo esta nula ou ineficaz, o regime adotado será o da comunhão parcial de bens, de acordo com o artigo 1.640 do CC (BRASIL, 2002, online).

Essa liberdade não é absoluta, devendo obediência ao princípio da adequação e pertinência do regime, segundo o qual não é lícito aos nubentes pactuar cláusulas cujo objeto se confunde com suas relações pessoais ou em face de terceiros e em relação aos filhos, devendo o pacto antenupcial se adequar às limitações especiais fixadas nos artigos 1.653-1.657 do Código Civil (BRASIL, 2002, online).

Insta ainda destacar, que o regime de bens poderá ser alterado após o casamento, mediante autorização judicial através de manifestação motivada de vontade de ambos os cônjuges de acordo com o §2º, art. 1.639 do CC. Destaca-se

nesse ponto, que a doutrina mais moderna vem entendendo que esta limitação ao princípio da autonomia é inconstitucional, pois viola o princípio da isonomia e da liberdade, conforme preconiza o artigo 150 II, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988, online).

Quanto às espécies de regimes de bens adotados no Brasil, o Código Civil preleciona: a comunhão parcial de bens, a comunhão universal de bens, a separação convencional de bens, participação final nos aquestos e separação obrigatória de bens (BRASIL, 2002, online).

A comunhão parcial de bens é o atual regime oficial no Brasil. Nesse regime o patrimônio é formado por três tipos de massa de bens: o patrimônio do marido, o da esposa e os bens comuns do casal.

No acervo de bens comuns dos cônjuges, se comunicam os adquiridos durante o matrimônio, excluindo dessa massa o patrimônio existente antes do casamento.

Sabe-se que o regime parcial de bens é adotado entre os cônjuges que possuem união estável, devido o fato de que os bens que serão partilhados, são aqueles adquiridos após a união dos mesmos, não comunicando os bens adquiridos antes da união estável e do casamento, por se tratar de um regime justo para ambas as partes.

Ao se tratar do regime de comunhão universal de bens a sua funcionalidade trata-se que todos os bens, atuais e futuros, se comunicam, com exceção aos que a lei ou a convenção antenupcial especialmente mencionam.

O regime de participação final nos aquestos foi a inovação trazida pela Lei nº 10.406/2002. (BRASIL, 2002, online). A sua constituição decorre dos princípios da liberdade das convenções antenupciais e da variedade de regime de bens existente em no ordenamento vigente.

O conceito deste regime vem disposto no artigo 1.672 do Código Civil:

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. (BRASIL, 2002, online).

O Código Civil trata esse regime como um regime misto, pois, durante o casamento, os cônjuges têm expectativa de direito à meação, de maneira que a partilha, em caso de dissolução da sociedade conjugal, obedece uma precisa e

rigorosa verificação contábil, comparando-se o patrimônio existente por ocasião das núpcias com o final. (BRASIL, 2002, online).

O regime de separação de bens se divide no regime da separação convencional e obrigatória. A convencional se dá por livre manifestação da vontade dos nubentes, enquanto a obrigatória dá-se aos nubentes maior de 70 anos, Independente de ser convencional ou obrigatória, para fins de casamento e fim da sociedade conjugal terá o direito apenas nos bens pertencentes cada cônjuge, valendo-se a cada um deles conserva a plena propriedade, em sua integridade na administração e a fruição de seus próprios bens, sejam móveis ou imóveis. Assim sendo, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve tanto bens presentes quanto futuros. Apesar da separação dos bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal, na proporção de seus rendimentos, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial, conforme dispõe o art. 1.688 do Código Civil (BRASIL, 2002, online).

## **7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO**

De acordo com o art. 1.641 do Código Civil, o regime da separação de bens é obrigatório no casamento: (1) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; (2) da pessoa maior de 70 (setenta) anos - a jurisprudência tem proclamado que esta restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade - e; (3) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial de idade ou do consentimento dos pais (BRASIL, 2002, online).

Na separação legal, nos termos da Súmula 377, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicam, desde que obtidos pelo esforço comum. Daí, verifica-se certa semelhança ao regime de comunhão parcial de bens. No entanto, as implicações da separação legal serão observadas no direito das sucessões, razão pela qual difere do da comunhão parcial.

GRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO E RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ITALIANA. UNIÃO ESTÁVEL SUPOSTAMENTE COM PRIMEIRO DOMICÍLIO NO ESTRANGEIRO. ART. 7º, § 4º, LINDB. REJEITADO. PRECEDENTE STJ. IMPEDIMENTOS AO

CASAMENTO. IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DO PATRIMÔNIO. REJEITADO. SÚMULA 377, STF. INDÍCIOS EM FAVOR DO AGRAVADO. DESCONSTITUIÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. INVERACIDADE DOCUMENTAL. REJEITADO. ALIMENTADO NA CONDIÇÃO DE PESSOA IDOSA E ENFERMA. CONFIGURAÇÃO DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Consoante elucidado pelo Exmo. Min. Raul Araújo, quando no julgamento do REsp 973553, apesar de ter iniciado-se a união intuito familiae na Itália, para que determine-se a legislação aplicável ao caso, imputa-se necessária a elucidação da competência no âmbito internacional, posto que através desta determinar-se-á o elemento de conexão estabelecido pelo Estado competente, e consequentemente a legislação substancial aplicável.
2. In casu, verificando-se que a competência internacional é a brasileira - posto que a ré/Agravante tem o Brasil por domicílio (art. 88, I, CPC/73, art. 21, I, CPC/2015), e o bem encontra-se no território pátrio (art. 89, I, CPC/73, art. 23, I, CPC/2015)-, e havendo o ordenamento jurídico nacional eleito o domicílio da pessoa como elemento principal de conexão (art. 7º, caput, LINDB), é evidente a aplicação da legislação brasileira.
3. Tocante a asserção de que haveria sido imposto aos nubentes, quando em seu matrimônio, o regime de separação legal de bens em razão de suposta pendência na partilha de bens de anterior casamento consumado pelo Agravado, reconheço a temerosidade em seu acatamento neste momento prévio à cognição exauriente.
4. Independentemente do regime de bens adotado pelos litigantes, é que havendo a segunda parte do bem imóvel (Condomínio Conchas do Mar, s/n, lote 92, matrícula 2294), ora discutido, sido adquirido na constância do matrimônio, imperiosamente haverá a comunicação do bem entre os nubentes, conforme solidificou a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.
5. Subsecutivo, aduziu ainda, a Agravante, não haver como se estabelecer a comunicação nos aquestos, posto que não haver-se-ia comprovado o esforço comum dos esposos na aquisição dos imóveis, todavia, não bastante o entendimento sumulado retromencionado em que torna ostensível a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, evidencia-se a robusta comprovação fática trazida pelo Agravante quanto aos crediários firmados em seu país natal, relativos ao momento em que esteve em conúbio com a Recorrente, fazendo-se végeto indício de sua contribuição a constituição do patrimônio, à medida que furga-se a Agravante do mesmo.
6. Expõe a Agravante não ser digna, a imposição que sofrera de pagar alimentos provisórios ao Agravado, de prosperar, visto que na condição de convalescente de câncer mamário, arcaria com elevadíssimos custos com tratamento, inobstante do fato de ser o Agravado pessoa letada, detentor de diploma de ensino superior, e do qual a condição de diabético e hipertenso em nada lhe obstruiria o acesso ao mercado de trabalho, sendo ainda, inverídica sua declaração de desemprego, uma vez que datada do ano de 2014.
7. Deixa de considerar, a Agravante, a condição de idoso do Agravado, que em muito exacerba as mazelas que testifica, de natureza crônica, sendo cediça a insensibilidade do mercado laboral, em cenário internacional, para com os cidadãos nestas situações e o estorvo, que muitas vezes beira a impossibilidade, para a sua reinserção neste.
8. Não deixando de ponderar, também, a mancomunhão vivida pelos litigantes que, de per si, sendo exercida apenas por um dos nubentes, assegura ao segundo o direito ao recebimento de alimentos compensatórios (art. 4º, § único da Lei 5.478/68). (Classe: Agravo de Instrumento,Número do Processo: 0010012-68.2017.8.05.0000, Relator (a): Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 08/05/2018 ).

O presente agravo mostra a autonomia da agravante deixando-a da condição de idosa em natureza crônica, desta forma esta jurisprudência descaracteriza o conceito de idoso em natureza civil matrimonial.

A imposição do artigo 1641 agride a liberdade individual e o princípio da dignidade da pessoa humana expresso no Artº 1º, inciso III da Constituição Federal, pois introduz um preconceito às pessoas idosas, sob argumento de que, ao alcançarem tal idade, tornam-se vulneráveis e, portanto, incapazes de escolherem o regime de bens que vigorará no casamento. Esta era a ideia contida no Código Civil de 1916 que trazia um casamento voltado para o patrimônio do casal, não sendo a visão adotada atualmente no Direito de Família, em que eles constituem, através do amor que nutrem um pelo outro, uma comunhão de vida, conforme disposto no Art. 1.511, que se torna completo pelo ato do casamento.

Conforme REsp 730.546, julgado pela Quarta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tendo como Relator o Ministro Jorge Scartezzini, onde se manifestou favoravelmente sobre a possibilidade de modificação de regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916:

EMENTA: CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 -(LEI Nº 3.071) POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 - CORRENTES (LEI Nº 10.406) DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea a para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, 2º, do CC/2002.( STF, 2012)

Vale se atentar para o fato de que completados os 18 anos, a pessoa se torna plenamente capaz de reger todos os atos da vida civil, ganhando assim a capacidade plena, não pode uma pessoa com idade acima de 70 anos sendo considerada incapaz, já que impõe uma limitação à liberdade e autonomia da vontade dos interessados de contraírem matrimônio e escolher com qual regime de bens desejam.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014), um dos doutrinadores que defendem a retirada do inciso que obriga o regime de separação de bens debate que:

[...] é um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupcias.

(FARIAS e ROSENVOLD, 2014, p.312).

O Código Civil não menciona a cessação da capacidade civil em relação à idade, ressalvada as hipóteses do Artigo 3º e 4º do Código Civil que foram modificados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência através da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, passando o caput do Artigo 3º a estabelecer tão somente que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos” (BRASIL, 2002, online).

## **8. TEORIA DE ROBERT ALEXY E O REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS**

Inicialmente, cumpre definir com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy (2008), em que patamar se encontra o art.1641 do Código Civil nessa teoria.

Alexy (2008) apresenta uns critérios bastante seguros para distinguir as regras dos princípios – ambos reconhecidos como normas, figuras de dever ser, proibitivas, permissivas ou preceptivas - residindo essa diferença não no critério mais fácil do grau de generalidade, mas sim na qualidade ou na estrutura diversa que cada um tem.

Nesse sentido, as regras dizem algo que deve ser de modo definitivo, são aplicadas por subsunção, ou se respeita ou se descumpe seu comando, ou tudo ou nada. Já os princípios dizem algo que deve ser na maior medida, o máximo possível (otimização), de acordo com circunstâncias fáticas (adequação, necessidade) e jurídicas (sopesamento do valor contraposto) aplicáveis, os princípios são ponderáveis, condenados à interpretação, devem ser cumpridos apenas *prima facie*, à primeira vista, ou seja, se não houver razão forte suficiente para afastá-los, como por exemplo, outro princípio aplicável à mesma situação fática. A honra e a imagem

pessoais v. liberdade de imprensa; a dignidade humana v. livre iniciativa; o desenvolvimento nacional v. proteção ao meio ambiente; a vida v. saúde. A normatividade dos princípios é o reconhecimento da falibilidade das regras para controlar o futuro a partir de hipóteses e enunciados formais, tudo objetivo, nada para o sujeito. A constatação de que esses princípios frequentemente entram em rota de colisão é a demonstração de que não há mais esse unilateralismo no Direito.

Desta forma, pode-se dizer que os princípios são segundo a teoria discutida uma norma, por se tratar da dignidade da pessoa humana que deve ser tratada com a mesma proporção da norma jurídica.

Ressalta-se que para o ordenamento jurídico princípios são normas de aplicação imediata e portanto o artigo 1641 são normas de aplicação mediata, de acordo com Alexy (2008), nota-se então que há limites para os direitos fundamentais, nesse aspecto salienta, que estes limites podem também decorrer de atos normativos, leis, regulamentos, contratos, sentenças. Quando isso ocorre é necessário reconhecer que as medidas que restringem os direitos fundamentais também sofrem restrições, os limites dos limites, essas medidas precisam obedecer às regras da proporcionalidade.

Entretanto, não se pode dizer que a realização de um destes princípios em detrimento do outro, ambos previstos na Constituição, significará o fim da existência do princípio que cedeu preferência em um determinado caso concreto, a exposição ou a preservação da imagem, o sigilo ou a liberação da informação para o público. É notório que há muito mais em torno do conflito do que apenas uma previsão ou enquadramento normativo. Nesse ponto bem se vê que, se os direitos fundamentais tem mesmo (a maioria pelo menos) estrutura de princípios, na verdade todos nós temos direitos apenas aparente e circunstancialmente.

Em decorrência ao que fora apresentado trabalho, na teoria aqui retratada, e aprofundada no presente capítulo dar-se-á ao fato de que os nubentes maiores de 70 anos , em sua capacidade plena podem se casar com regime de bens, pois o fato de serem idosos não os limitam de gozarem de seus direitos, aplicando assim a teoria apresentada ,com a aplicação da fórmula citada acima , explicando o conceito e conteúdo desse método Alexy (2008) aduz que a regra de solução (R) expressa que, nas condições representadas pela letra C, que dizem respeito ao peso dos princípios em jogo no caso concreto, o princípio P1 prevalece (P) sobre o princípio P2. Diante disso, Mediante ao cálculo de Alexy, onde a solução não poderá ser

adotada em uma situação futura e semelhante, devido ao fato de que as condições fáticas e jurídicas podem ser alteradas, em decorrência da atualidade, nesse aspecto a imposição do regime de bens para os idosos afronta diretamente os princípios expressos na Constituição, tais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Desrespeitando normas que protegem o idoso, vedando todas as formas de discriminação, considerando uma pessoa de 70 (setenta) anos atualmente, encontra-se, cada vez mais ativa, e os avanços científicos trazem uma maior expectativa de vida para toda a população.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Cabe salientar que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil está eivado de vícios de constitucionalidade, não refletindo a atual realidade e as ideias elencadas no Direito de Família. Necessário haver a erradicação de tal inciso do ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando o reconhecimento da capacidade e plena liberdade de escolha para este grupo de pessoas que, até o momento, encontram-se desamparadas juridicamente.

Em decorrência da análise sobre o conceito assumido pelos Direitos Fundamentais, ao se tratar da sistemática do direito brasileiro, em virtude da positivação nas constituições modernas dos direitos de vigência imediata, Alexy (2008) se preocupa em dar a devida interpretação a esses Direitos, bem como uma nova idealização dos princípios que por sua vez integrasse no ordenamento jurídico um importante legado a ser prosperado por diversas gerações em âmbito planetário, tanto que a jurisprudência e a doutrina moderna, contudo as teoria pós-positivistas as utilizam.

O trabalho apresentado teve como base analisar essas teorias e sua importância, influência e aplicação na jurisprudência contemporânea, de acordo com o que foi elencado nota-se que é possível desvendar como se solucionam os conflitos envolvendo princípios na corte suprema.

É notório que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil possui vícios de constitucionalidade, não refletindo a atual realidade e as ideias elencadas no Direito de Família, e no ordenamento jurídico brasileiro como foi retratado em todo o trabalho, sendo assim, necessário haver a erradicação de tal inciso do ordenamento jurídico brasileiro, proporcionando o reconhecimento da capacidade e plena liberdade de escolha para este grupo de pessoas que, até o momento, encontram-se

desamparadas juridicamente, e provado no presente trabalho que os princípios e normas possuem o mesmo vigor das leis como analisado por Alexy (2008) .

Em tese o presente trabalho buscou de forma sucinta sobre as teorias e princípios principais abordados no mesmo, feitas pelo autor em destaque, visto que, após analisar dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal verificando a aplicabilidade dessas teorias.

Entre os aspectos de norma e idoso percebe-se que há uma constatação em cima dos cálculos de Alexy (2008) onde o idoso x a lei = os princípios e normas que defendem a dignidade da pessoa humana, como fora apresentado no cálculo matemático feito pelo referido autor, qual busca o equilíbrio entre os aspectos apresentados.

Ressaltando a importância da ponderação entre princípios constitucionais, sendo esta, tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa, sendo justamente a ponderação que se revela determinante, no discurso juntamente com a racionalidade, tendo em vista a conclusão de que a institucionalização de regras do discursos precisa ser implementada e que as decisões devem ser devidamente estruturadas, qual tem por finalidade de que o direito satisfaça a pretensão de correção formulada pelo discurso moral e geral.

A imposição do artigo 1641 agride a liberdade individual e o princípio da dignidade da pessoa humana expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, pois introduz um preconceito às pessoas idosas, sob argumento de que, ao alcançarem tal idade, tornam-se vulneráveis e, portanto, incapazes de escolherem o regime de bens que vigorará no casamento. Esta era a ideia contida no Código Civil de 1916 que trazia um casamento voltado para o patrimônio do casal, não sendo a visão adotada atualmente no Direito de Família, em que eles constituem, através do amor que nutrem um pelo outro, uma comunhão de vida, conforme disposto no artigo 1.511, que se torna completo pelo ato do casamento.

Isto posto que, os casos analisados no presente trabalho parecem demonstrar que as teorias de Alexy se moldam nas decisões da suprema corte tanto no que se refere ao discurso jurídico, como forma de sustentar e fundamentar as decisões, quanto no que tange as normas de direito fundamentais e princípios constitucionais, ponderando, quando colidentes e argumentando sempre de maneira racional, já que vive-se em um Estado Democrático de direitos.

## 10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**: Rio de Janeiro. Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. tradução Humberto Laport de Mello. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20. Ago. 2018.

BRASIL, Código Civil. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF:Senado,2002.Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 20. Ago. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva. 2003.

CINFORM ONLINE. **Estudo aponta aumento de população idosa no Brasil em 2050**. Disponível em: <<http://www.cinform.com.br/noticias/74201120493129871/estudo-aponta-aumento-d>>. Acesso em: 06.out.2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)>. Acesso em: 11. Nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 9 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 .

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 6<sup>a</sup> Ed. Jus Podivm. 2014.

FRANÇA, Luciano Spina. **Quando o entardecer chega: o envelhecimento ainda surpreende muitos.** Disponível em: <<http://www.guiarh.com.br/pp46.html>>. Acesso em: 28. set. 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito:** ensaio sobre o seu modo de aplicação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 143, jul/set 1999

Habermas, Jürgen, **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.,e Silva. Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume. Baden-Baden: Nomos, 2003.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:<<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projicao/>>Acesso em 13.Out.2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.

.Maxwell. [vrac.puc-rio.br/9593/9593\\_3.PDF](http://vrac.puc-rio.br/9593/9593_3.PDF). Acesso em 18. Nov. 2018.

MADALENO, Rolf. "Regime de bens entre os cônjuges". **Direito de Família e o novo Código Civil.** Coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

NERI, Anita Liberalesso; FREIRE, Sueli Aparecida. E por falar em boa velhice, 2000.

REDE BAHIA DE TELEVISÃO. **Terceira idade:** visão mercadológica de um mercado em expansão. Disponível em:<[http://ibahia.globo.com/tvbahia/comercial/pdf/terceira\\_idade.pdf](http://ibahia.globo.com/tvbahia/comercial/pdf/terceira_idade.pdf)>. epistemológicos e conceituais. In: FREITAS, E. V. et al (Ed.). Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2002. Acesso em:15.set.2018.

Silva, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras:** mitos e equívocos acerca de uma distinção. Acesso em: 28. Set. 2018.

SÁ, J. L. M. **A formação de recursos humanos em Gerontologia:** fundamentosdistinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, 2003.