

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE SETENTA ANOS

Giovani Romualdo da Silva¹, Leonardo José Fernandes de Abreu², Fernanda Franklin Seixas Arakaki³, Andréia Almeida Mendes⁴.

¹Graduando em Direito pela FACIG, giovaniromualdo10@gmail.com

²Mestrando em Administração de Empresas pela FUCEPE, professor da FACIG, leonardoadvogado@hotmail.com

³Mestre em Hermenêutica Constitucional, Teoria e Filosofia do Direito, professora da FACIG - fernandafs@sempre.facig.edu.br

⁴Doutora e Mestre em Linguística pela UFMG, graduada em Letras, professora da FACIG, andreialetras@yahoo.com.br

Resumo - Tem o presente artigo como objeto de estudo a obrigatoriedade imposta pelo legislador sobre os maiores de setenta anos. Tais pessoas estão sujeitas ao regime de separação de bens pela simples completude de idade, sem considerar nenhuma outra condição ou circunstância quanto às pessoas dos cônjuges ou à condição em que se deu o casamento. O princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, visa equilibrar as diferenças, para harmonizar a paridade, tendo em vista a inquietação do constituinte em concretizar o direito à igualdade. 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. Nesse sentido, o presente artigo de cunho bibliográfico tem o condão de analisar criticamente a cominação feita pelo legislador civil diante da constituição Federal.

Palavras-chave: Princípio da igualdade; Regime de bens; Dignidade dos maiores de 70 anos.

Área do Conhecimento: Ciências Sociais Aplicadas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar a inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens das pessoas maiores de setenta anos, sendo vedado ao Estado interferir de maneira arbitrária na vida social e familiar da população brasileira, pois o Código Civil brasileiro detém um caráter manifestamente patrimonialista, em desfavor dos ditames da lei de hierarquia superior que trazem diversos direitos fundamentais sob a dogmática da Constituição Federal de 1998

O Código Civil de 2002 recepcionou o Código Civil de 1916, sofrendo algumas alterações no art :1641 em 2010 onde passa de sessenta para setenta anos a obrigatoriedade do regime de separação de bens , eternizado o caráter materialista do passado ,a regra em comento, não acolhendo os princípios fundamentais que o ser humano detém dentro da sociedade consubstanciados na carta Magna, quais sejam: o princípio da liberdade – sem que haja repressão por parte do Estado; o princípio da isonomia – pois coloca o septuagenário em uma classe inferior dentro da sociedade; e o da dignidade da pessoa humana – que busca realizar condições de respeito. deixando, como segundo plano, a estrutura familiar abasilar em amor, solidariedade, caridade e afeto.

2- Note-se que o Código Civil de 2002 manteve os mesmos ditames do Código Civil de 1916 perpetuando o caráter materialista pretérito da regra em comento, não acolhendo os princípios fundamentais que o ser humano detém dentro da sociedade consubstanciados na carta Magna, quais sejam: o princípio da liberdade – sem que haja coação por parte do Estado; o princípio da isonomia pois coloca o septuagenário em uma classe inferior dentro da sociedade; e o da dignidade da pessoa humana – que busca efetivar condições de respeito. Demonstrando-se, com isso, que o Estado bus proteger o patrimônio da sociedade, deixando como segundo plano a estrutura familiar baseada e amor, solidariedade, caridade e afeto.

2.1 O método a ser desenvolvido vai levar em consideração o sopesamento de princípios e regras dentro do contexto jurídico e social que se inserem, demonstrando que o aplicador do direito tem que levar em consideração o direito como um todo, ou seja, dirigir uma interpretação teleológica e sistêmica, 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 eminência 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. O grande marco em nosso sistema jurídico, sem dúvida, fora a Constituição Federal de 1988 (CF, art. 226) que, na perspectiva da dignidade humana, consagraria uma cláusula inclusiva (aberta) e não discriminatória (restritiva) para admitir, não apenas o casamento, mas também outros tipos de arranjos familiares.

O método a ser desenvolvido vai levar em consideração o sopesamento de princípios e regras dentro do contexto jurídico e social que se inserem, demonstrando que o aplicador do direito tem que levar em consideração o direito como um todo, ou seja, dirigir uma interpretação teleológica e sistêmica, não apenas aplicar o direito com base na subsunção de regras propriamente prontas. Deste modo demonstrará que a aplicação baseada na escola positivista se mostra inadequada diante do momento de transição que estamos passando através da eminência 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.

2 . Metodologia

Foi utilizada uma pesquisa de caráter bibliográfica com abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da atual compreensão constitucional perante a discriminação do idoso pelo legislativo. O artigo baseia-se em revisões bibliográficas, uma vez que se levantaram referências já analisadas e publicadas. Quanto aos objetivos, abordou-se a pesquisa explicativa, que identifica os fatos que determinam ou que contribuem para CONTEXTO a ocorrência dos fenômenos.

2.3 DO JURÍDICO DA PESSOA IDOSA NO BRASIL

O envelhecimento é um processo enfrentado de forma qualificada por múltiplas culturas mundiais. Oponente a valorização do “idoso” como o grande sábio, presente em algumas culturas, pode-se observar que, na sociedade moderna ocidental, a velhice tem, muitas vezes, uma aparência de mérito. Na sociedade contemporânea tem surgido, a respeito do idoso, a superação do pré-conceito de que a velhice seria algo ruim.

No âmbito da linguagem, são criados novos títulos à categoria, tais como “terceira idade”, “melhor idade”, “feliz idade”, “maturidade”, sujeito adoção de tais termos produzem efeitos no combate aos preconceitos quanto à velhice, demonstrando que se trata de uma fase ativa e repleta de realizações. A valorização social da pessoa idosa coincide com um aumento na taxa de crescimento desta parcela da população. O ser humano tem passado por um crescimento progressivo na quantidade de pessoas idosas que é mais célere e acentuado do que o da população.

A população brasileira segue a mesma progressão. Conforme estimativa disponibilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2016, 8,17% da população brasileira é de pessoas com mais de 65 anos de idade, já em 2030, estima-se que o percentual seja de 13,44%. Nesse contexto de influência internacional de políticas que efetivem a tutela à pessoa idosa, que já encontrava amparo no art. 230 da Constituição Federal de 1988, e com o fito de complementar as disposições da Política Nacional do Idoso, editou-se a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Nesse sentido, Bomtempo (2014) contribui afirmando que:

O Direito deve atuar no sentido de promoção dos direitos daqueles que em situações de vulnerabilidade merecem uma atenção especial. A mudança do tempo na sociedade, como o é encarada a velhice, também deve ter sua atenção jurídica, de modo a garantir autonomia e dignidade aos idosos (BOMTEMPO, 2014, p.639 *passim*..

Dessa forma, percebe-se que essa lei engessa os direitos dos cidadãos maiores de setenta anos, como se fossem inimputáveis.

2.4 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIA OU CONVENCIONAL

O regime da separação de bens pode ser legal (obrigatória) ou convencional (art. 1641 do CC). No primeiro caso, no regime da separação obrigatória legal, suas regras são impostas pelo artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro. Tal mandamento torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos, bem como para todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, entendendo neste caso, aquelas pessoas não emancipadas e menores de 18 anos, observando exclusivamente, nesse último caso, que quando os cônjuges ou cônjuge atingir a maioridade, pode alterar o regime de separação obrigatória de bens.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2002).

Não obstante, o mesmo ordenamento jurídico prevê a separação convencional, ou seja, o casal pode optar em escolher o regime de separação total de bens no momento do casamento, mediante a realização de um pacto antenupcial optando por esse regime, sendo que o pacto deverá ser feito em cartório, em que os nubentes devem estabelecer que os bens são comunicáveis, além de outras tratativas consideradas importantes para o casal com referência aos seus respectivos bens e suas aquisições futuras.

Nos dois casos, via de regra, o Código Civil determina que o patrimônio do casal, seja posterior ou anterior à união, é comunicável, ou seja, caso aconteça a superveniência de um divórcio entre o casal, as posses não serão divididas art. 1687CC. Dessa forma, a administração dos bens fica a cargo exclusivo de cada cônjuge, podendo cada cônjuge alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis.

Por óbvio, cada cônjuge é obrigado a contribuir para as despesas do casal na proporção dos seus rendimentos de trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1688 do CC). Importante observar que, no pacto, não poderá ocorrer onerosidade excessiva apenas para um cônjuge, posto que poderá gerar nulidade absoluta do pacto antenupcial, pelo que consagra o art. 1655 do CC.

Imperioso ressaltar que parte da doutrina e da jurisprudência pátria reconhece as injustiças cometidas pelo legislador conforme se pode depreender da súmula 377 do STF: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", ou seja, os bens adquiridos durante a união devem ser divididos pelos cônjuges em caso de divórcio, aqueles adquiridos antes da união, pertencem exclusivamente àquele que o adquiriu. Há outros julgados, no entanto, que entendem que, para que ocorra a divisão, deve ser provado o esforço comum, caso que deve ser proposta ação judicial para provar e requerer a divisão, cuja decisão final depende exclusivamente do Judiciário e, pelo que se vê, depende também da realidade de cada caso concreto.

Na hipótese de falecimento de um dos cônjuges, o cônjuge supérstite, a divisão dos bens no regime convencional e obrigatório não se dá da mesma forma. De acordo com o art. 1829, I do CC:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

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 (BRASIL, 2002)

Dessa forma, percebe-se que mais uma vez o legislador discriminou as pessoas obrigadas a casarem-se no regime da separação legal, não permitindo que elas herdem em concorrência com o

cônjuge. Diferentemente ocorre na separação convencional, em que o cônjuge supérstite herda o patrimônio em concorrência com os filhos.

Cabe pontuar que a jurisprudência pátria atenta também a questão sucessória entende pela aplicação da súmula 377 acima exposta, transformando a separação legal obrigatória em um regime de separação parcial de bens (TARTUCE, 2016, p.172)

2.5 ASPECTOS GERAIS DA POPULAÇÃO IDOSA

O art. 1641, II, do Código Civil de 2002 em vigor dispõe que as pessoas maiores de 70 anos, que contraírem matrimônio, deverão adotar unicamente o regime de separação obrigatória de bens. Sendo assim, para a melhor compreensão acerca da constitucionalidade dessa norma, faz-se necessário, em primeiro momento, uma análise acerca do seu destinatário - a pessoa maior de setenta anos - dentro da sociedade brasileira e dos instrumentos legais voltados para essa parcela da população.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015) informa que a população idosa apresentou índices de crescimento significativos nas últimas décadas. Hoje, o número de pessoas com idade igual ou superior a setenta anos corresponde a aproximadamente 10 milhões de pessoas, ou seja, 5% da população brasileira. Ainda segundo o próprio IBGE, as projeções indicam que, nos próximos quinze anos, esse número será duas vezes maior.

Cabe ressaltar que o crescimento do número de pessoas nessa faixa etária é resultado de vários fatores, dentre eles a redução das taxas de natalidade e do aumento da expectativa de vida.

Nesse cenário, a medicina contribuiu de maneira significativa, possibilitando o surgimento de vários meios contraceptivos e, conseqüentemente, a redução do número de pessoas mais jovens em relação aos mais velhos.

Além disso, a medicina também avançou não só na prevenção, como também no combate efetivo das doenças, o que possibilitou que as pessoas vivessem mais e melhor. Paralelamente a esse avanço, a tecnologia tornou a rotina do ser humano mesmo degradante, com o surgimento de instrumentos que substituem o trabalho mecânico e o conseqüente desgaste físico.

Todos esses fatores fazem com que, hoje, a média de expectativa de vida dos brasileiros seja de aproximadamente setenta e cinco anos e, para as mulheres é ainda maior, oitenta e um anos. Ainda segundo pesquisas realizadas pelo IBGE (2015), o Brasil será o sexto país com a população mais velha do mundo já no ano de 2027.

2.6 DIREITOS ASSEGURADOS ÀS PESSOAS IDOSAS

A lei que protege os direitos dos idosos foi criada recente no Brasil, pois antes da promulgação da Constituição federal de 1988 poucos instrumentos foram criados pelo Estado no intuito de resguardar os direitos dessas pessoas. Além disso, as medidas que existiam não concediam direitos aos idosos em virtude da condição de velhice, mas sim como retribuição por um trabalho prestado.

Segundo Faleiros (2008), as constituições anteriores à Carta Magna de 1988 pouco previam em relação aos direitos dos idosos, sendo que, no período Getulista, a responsabilidade do Estado era considerada residual, somente vindo a intervir quando a família e as instituições filantrópicas falhassem no seu dever.

Já em relação à Constituição de 1934, está somente considerava velho aquele que se tornava improdutivo e somente este tinha direito ao amparo estatal. O mesmo autor afirma que a Constituição de 1946 continuou seguindo o modelo familiar e filantrópico da Carta anterior quanto aos deveres do Estado, o qual não abordava os direitos dos idosos que trabalhavam no campo e somente em 1962 os idosos conseguiram uma aposentadoria por tempo de serviço, independentemente da idade. Contudo, foi no bojo da Constituição de 1967 que surgiu a previdência social nos casos de velhice, garantindo assistência social, pensões e benefícios para aqueles que contribuísem.

Sobre a transição da previdência privada para a responsabilidade do poder público, assevera Faleiros (2008) que, quando a velhice passa de uma questão filantrópica e privada para a esfera pública, a perspectiva dominante de sua inclusão em direitos é por meio da incorporação do direito do trabalhador e não por meio do direito da pessoa envelhecendo.

A Lei 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, foi publicada no ano de 2003, sendo fruto

da junção de vários instrumentos legislativos esparsos na busca pela dignidade para a pessoa idosa. Além de definir seu destinatário, o Estatuto estabelece mecanismos para fiscalizar e impor sanções em caso de descumprimento. Percebe-se o quanto é envelhecida e considera os números divulgados pelos institutos de pesquisa. Da mesma forma, o Estatuto se reveste como um instrumento de autoestima capaz de fortalecer toda uma classe de brasileiros e inseri-los como cidadãos ativos na sociedade. Os princípios que valorizam a pessoa humana e que são consagrados expressamente pela Constituição Federal de 1988.

Princípios que orientam a relação patrimonial entre os cônjuges e também destes em relação a terceiros. Entre os mais importantes estão o da liberdade de estipulação, a variabilidade de regimes, a mutabilidade justificada, a indivisibilidade e o da imediata vigência. O princípio da livre estipulação vem expresso no art. 1639 do diploma civil e determina que os nubentes possam escolher livremente o regime de bens que regerá o matrimônio, em respeito à autonomia privada e a liberdade de escolha. Por consequência, o Estado não deve intervir coativamente nessa escolha, salvo quando existir relevante motivo de ordem pública definido em norma específica (FILHO; GAGLIANO, 2014).

2.7. CRÍTICAS AO REGIME LEGAL DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS: UMA ANÁLISE A LUZ NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A polêmica gerada por essa norma é embasada pela manifesta inconstitucionalidade que ocorre, neste caso, pelo cerceamento de diversos princípios constitucionais, entre eles, o da dignidade da pessoa humana, do direito a igualdade, o direito à propriedade, entre outros constantes, respectivamente, no *caput* e no inciso XXII do artigo 5º da Constituição Federal. Por se tratar o casamento de um dos institutos mais importantes da vida civil, é fundamental e urgente a discussão de tal problemática, com a finalidade de esclarecer se tal norma fere ou não a liberdade de escolha pelo nubente, caso em que deverá ser extirpada definitivamente da legislação brasileira.

A palavra igualdade é definida pelo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa como qualidade de igual, entre outros significados. Acerca dessa igualdade entre os seres humanos, Rui Barbosa (1997) proclamou que, apesar de iguais na essência, as pessoas guardam particularidades que as diferenciam, razão pela qual devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 1997).

Por outro lado, em situações extraordinárias que não poderiam ser previstas quando da elaboração da regra, caso sua aplicação a um caso específico provoque inequívoca situação de injustiça, poderá o juiz afastá-la para aplicar um princípio. Essa situação de aplicação na qual o princípio exerce sua função limitadora (ou bloqueadora), por escapar da normalidade, pode ser caracterizada como uma hipótese de caso difícil. Estando situados em planos distintos, como no caso de conflito entre um princípio constitucional e uma regra legal, *a priori*, deve prevalecer a regra formulada pelo legislado.

Não obstante, o princípio da liberdade vem insculpido no art. 5, *caput* e inciso II, da Constituição Federal 1988, nos quais é assegurada a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, além de garantir de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Observam-se, esses dispositivos trazem vários desdobramentos do direito à liberdade, nas seara econômica, de expressão de pensamento, de ação profissional, de expressão coletiva e de ação individual. Segundo Silva (2005, p. 233), a liberdade humana, no seu conceito mais abrangente, pode ser definida como “um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”. Complementa esse conceito afirmando que “a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. O mencionado autor traz ainda a noção da liberdade-base, ou seja, a liberdade de ação, sendo esta o poder de atuar

e decidir conforme sua própria vontade. Assim assevera Silva (2005, p. 236):

O art. 5º, II, da CF em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade, que, por ser uma garantia individual, merecerá consideração aprofundada mais adiante. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só poderá sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima (SILVA, 2005, p. 236).

O artigo 5º da Constituição Federal garante a todos os cidadãos brasileiros e naturalizados o direito à liberdade e a igualdade, liberdade esta que não se resume apenas em expressão, mas em direitos e deveres.

2.8. A INCAPACIDADE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Para melhor compreensão da teoria das incapacidades, faz-se antes necessário definir o que é uma pessoa. Esta, segundo ensinamento de Farias e Rosenthal (2011), “é o sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade)”. (FARIAS E ROSENTHAL, 2011, p. 142)

Por consequência, os mesmos autores afirmam que toda pessoa tem personalidade, podendo ser titular de relações jurídicas e de exercer os direitos da cidadania. Após, define personalidade jurídica como um atributo reconhecido a uma pessoa natural ou jurídica para que esta possa atuar no âmbito jurídico e reclamar proteção jurídica mínima, reconhecida pelos direitos da personalidade (FARIAS; ROSENTHAL, 2011).

Ao lado da personalidade - que toda pessoa adquire ao nascer com vida -, tem-se a capacidade, sendo esta conceituada como a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e para outros é limitada. Ao nascerem, todas as pessoas possuem capacidade de direito ou gozo, também denominada de capacidade de aquisição de direitos, com previsão no art. 1º do Código Civil, o qual dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (GONÇALVES, 2012, p. 107).

Acerca da capacidade de fato, conceitua Tartuce (2014) como aquela que permite que um indivíduo seja sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas possuem sem distinção. Em síntese, “em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos”. (TARTUCE, 2014, p. 75).

Porém, como assevera Venosa, “nem todos os homens, porém, são detentores da capacidade de fato. Essa assim chamada capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para pessoalmente o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações” (2013, p. 139). Essa limitação leva em conta fatores eleitos pela legislação, como, por exemplo, aqueles referentes à idade e ao estado de saúde da pessoa. Nesse diapasão, Diniz (2012) afirma que a capacidade de fato por sofrer restrições, nos seguintes termos:

Entretanto, tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao seu exercício pela intercorrência de um fator genérico como tempo (maioridade ou menoridade), de tuna insuficiência somática (deficiência mental). Aos que assim são tratados por lei, o direito denomina “incapazes”. Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial (DINIZ, 2012, p. 168).

Portanto, se o cidadão que tem mais de setenta anos, é capaz de ser responsável por pagar suas contas, este também é portador de direito de fazer dos bens conforme sua vontade.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível verificar que há um conflito entre regras e princípios, vez que de um lado a lei maior traz um direito igualitário e amplo a todos os cidadãos, dando a todos os mesmos direitos e deveres independente de idade raça ou cor e, numa outra vertente, o Código Civil imputa ao cidadão maior de 70 anos, de maneira preconceituosa, uma obrigatoriedade de escolha de regime de bens.

Esta controvérsia prevista pelo legislador civilista está em conferência com texto expresso e princípios constitucionalmente assegurados, são eles: o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), da isonomia (5º, *caput*) e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). É de se convencer dessa maneira, que a restrição de opção do regime de bens é fruto de supressão do devido processo legal, ao declarar o septuagenário agente incapaz pelo simples fato de atingir certo patamar de idade, sendo que essa incapacidade só poderia ser acolhida em nosso sistema jurídico após o devido processo de interdição.

Dessa forma, a presente pesquisa observa que o inciso II, do artigo 1641, do Código Civil de 2002, além de colidir-se contra os princípios de direito civil que orientam o casamento e os regimes de bens é, fatalmente, uma norma colocada no ordenamento legal com prevenção em sentido oposto ao sistema jurídico vigente, mais precisamente, é dispositivo que fere o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal.

Também justifica a terminação de afronta ao segundo princípio, o da isonomia, o fato de a imposição ter ocasionado uma distinção para pessoas iguais. Injusta é a discriminação legal entre quem atingiu os setenta anos, quem conta com sessenta e nove, cinquenta ou dezoito anos.

O que motiva a última infração citada, ao princípio da dignidade da pessoa humana, é a injustificada conquista à esfera de interesses do privado que o Estado faz quando o evita de escolher o regime de bens que melhor entende admissível para regular sua relação matrimonial, retirando-lhe o direito de autodeterminação, que nenhum outro dispositivo lhe retira, haja vista que continua capaz de testar, doar e alienar seus bens da maneira que melhor lhe agrada.

Por essas razões, conclui-se pela inconstitucionalidade da vedação à liberdade de escolha do regime de bens para a pessoa maior de sessenta anos.

4. REFERÊNCIAS

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito**. Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento, v. 19, n. 03, p. 639-653, 2014. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BELIVAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 dez.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Del Rey. 2003. V.5.

FALEIROS, Vicente de P. **Direitos da pessoa Idosa: sociedade, política e legislação. Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Os Cidadãos na Carta Cidadã, v.5, out. 2008. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Direito de Família**, Bahia: JusPodivm, 6ª ed. 2014..

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 16. ed. Saraiva 2014 .

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

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIBEIRO, Silva Leonardo Ferres. **Princípios processuais civis na constituição**. Elsevier 2005,

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

TAVARES DA SILVA, R. B. (Org.). **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.