XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA CASAMENTO DOS MAIORES DE 70 ANOS

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE PROHIBITION OF CHOOSING THE GOODS REGIME FOR MARRIAGE FOR OVER 70 YEARS OLD

Alderico Kleber De Borba [1]
Vitor Antônio da Silva Faria [2]

Resumo

O artigo teve como objetivo realizar uma análise da constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do direito civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de direito civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF). Para embasamento do estudo, empregou-se o método dedutivo de abordagem, mediante emprego de pesquisas bibliográficas, consultas à legislação, artigos jurídicos e doutrinas especializadas.

Palavras-chave: Idoso, Separação obrigatória de bens, Dignidade da pessoa humana, Igualdade, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

The article aimed to analyze the constitutionality in the prohibition of the choice of property regime in the marriage of people over 70 years of age. The mandatory legal separation of property, due to age, was affirmed in an individualist and patrimonial perspective in the Civil Code of 1916 (art. 258, sole paragraph, item II), flanked by influences from the Liberal State model (currently). the art. 1641, II of the CC of 2002 repeated the wording of CC/1916,

[1] Mestre em Direito Público – FUMEC. Pós graduado em direito e processo constitucional pela ABDCONST. Pós graduado em direito processual-PUC/MG. Professor de direito no CESG. Advogado E-mail: akbmp@hotmail.com

[2] Graduando em Direito no CESG

maintaining state protection not from the point of view of property, not of the person. In the mens legis of art. 1641, II, of CC/2002, what we have is the protection of economic and patrimonial interests, relegating to the background the autonomy of the will and the dignity of the human person. The repersonalization of civil law implies human emancipation, in the sense of replacing the person as the center of law, putting heritage in the background. The contracting party of the marriage who is 70 (seventy) years old or more is fully capable of exercising all acts of civil life, including the free disposal of his assets. In an environment of constitutionalized civil law, art. 1641, II, of CC/2002 is unconstitutional. The patrimonialization of civil relations is incompatible with values based on the dignity of the human person (Article 1, III of the CF). To support the study, the deductive method of approach was used, through the use of bibliographic research, consultations with legislation, legal articles and specialized doctrines.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Elderly, Mandatory separation of assets, Dignity of human person, Equality, Freedom

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.344/10 alterou o quesito etário para estabelecer imposição legal de regime de separação de bens para pessoas com idade superior a setenta anos. Igualmente como ocorria antes da alteração legal, há o questionamento da constitucionalidade dessa norma.

Assim, o problema que deu causa ao presente estudo bibliográfico e exploratório, surge da necessidade de avaliar se a norma limitadora é de fato constitucional ou se é inconstitucional.

O estudo teve como objetivo geral realizar uma análise da suposta inconstitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade.

Seus objetivos específicos são: analisar os princípios constitucionais que regem a capacidade civil e direitos da personalidade, delimitado a pessoas que possuem mais de 70 anos; realizar uma análise dos diversos tipos de regime de bens para o casamento, verificando a suposta inconstitucionalidade da aludida limitação. Além de verificar se a vedação da escolha do regime de bens para o casamento, para maiores de 70 anos, não seria uma forma interdição compulsória e prematura.

O artigo está fundamentado em três partes. Na parte inicial há considerações acerca da constitucionalização do direito civil. Em seguida aspectos legais do casamento, bem como os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo separadamente os quatro regimes. Ao final a análise da (in)constitucionalidade da vedação de escolha do regime de bens para casamento dos maiores de 70 anos.

A ênfase da pesquisa é a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos idosos com mais setenta anos de idade, numa preocupação estatal com o patrimônio destas pessoas que podem ser alvo de golpes e casamentos com interesse econômicos e patrimoniais.

Na legislação, há uma série de limitações na escolha dos nubentes quanto ao regime de bens, embasada exclusivamente em idades avançadas. Dessa maneira, surgem indagações como: o que é o regime obrigatório de separação de bens? É inconstitucional a sua obrigatoriedade? Por que a lei prevê esta inibição de escolha? Deste modo o estudo se justifica pela necessidade de descrever em como o artigo 1.641 do código civil pode ferir os princípios que estão consolidados e vigentes na constituição federal.

A pesquisa baseou-se em bibliografias, em especial de doutrina especializada, consulta à artigos jurídicos e análise de jurisprudências do país, de modo à alcançar as respostas ao problema. Para embasamento do estudo, empregou-se o método dedutivo de abordagem,

mediante emprego de pesquisas bibliográficas, consultas à legislação, artigos jurídicos e doutrinas especializadas.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988-CR/88 (BRASIL, 2022), foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988, tendo sido promulgada em 5 de outubro do mesmo ano.

Trata-se da lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade para todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico.

A CR/88 recebeu o nome de Constituição cidadã, por estabelecer uma série de direitos aos cidadãos brasileiros. Um de seus grandes trunfos foi a institucionalização dos direitos humanos.

O artigo 1º da CR/88 estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito. O preâmbulo da CR/88 traz os dogmas, os anseios que a população brasileira almejava naquela época.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

Luis Roberto Barroso assevera que a CR/88 instituiu o Estado Democrático de Direito e Social de Direito no país, consolidando e buscando efetivar as liberdades e garantias fundamentais, incluindo no ordenamento jurídico brasileiro princípios antes nunca garantidos.

> A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente (BARROSO, 2006).

A CR/88 Constituição se enquadra na categoria de Constituição dirigente, tendo em vista que ela contém compromissos sociais e normas definidoras de programas a serem concretizados pelo Estado.

> Ela é dirigente porque o constituinte não se limitou a estabelecer a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais. Ele foi além, estabelecendo os objetivos e diretrizes para a comunidade política, correlacionados a um amplo e generoso projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva. Estas metas e diretrizes, estabelecidas em regra através de normas programáticas, não devem ser vistas como meras proclamações retóricas. Elas são normas jurídicas, que de alguma maneira vinculam os poderes políticos, estabelecendo balizas para o exercício das respectivas competências (SARMENTO, 2007).

A CR/88 suplantou a ideia de ser mero estatuto do Estado para se tornar efetiva e de toda a sociedade. É permeada por diversos princípios. Estes princípios, deixaram de ser meros meios de integração do direito (frente as lacunas) e convertem-se em normas situadas no patamar mais elevado da ordem jurídica, aplicáveis em todos e quaisquer casos.

> *Princípio constitucional* é o enunciado normativo que serve de vetor de interpretação. Propicia a unidade e a harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da Constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre todo o ordenamento. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o *status* de norma jurídica. Violá-lo é tão grave como transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio (BULOS, 2002).

Os princípios são dotados de normatividade, de modo que possuem efeito vinculante, possuindo o efeito de informar todo o sistema jurídico.

O caráter normativo dos princípios resgatou a argumentação e a racionalidade prática, em detrimento da ideia de que o juiz seria a “boca da lei”.

> Normas princípios: são as que indicam fins a serem alcançados ou valores a serem preservados. A dogmática jurídica atual reconhece que os princípios possuem normatividade. Propõe a construção de um Direito Constitucional principialista, em que as normas e os princípios não se postem como noções completamente antagônicas. Reconhece, contudo, que eles obedecem a diferentes graus de concretização. Assim, os princípios seriam normas jurídicas com um grau de generalidade relativamente elevado. Já as normas lograriam um espectro de ação muito mais reduzido do que os princípios (Esser). Da ótica da determinabilidade ou aplicação no caso concreto, os princípios demandariam um trabalho maior de concretização pela autoridade jurisdicional, enquanto a norma, cuja formulação seria menos vaga, não exigiria grande esforço (Larenz). Do ângulo do sistema das fontes do Direito, os princípios corroborariam normas de índole destacada na ordem jurídica em virtude de sua hierarquia dentro do sistema (Guastini). Os princípios seriam *standards* juridicamente vinculantes, que colimam reclamos de justiça, lastreando-se

> numa idéia de direito, enquanto as normas seriam vinculantes (Dworkin). (BULOS, 2008)

Luis Roberto Barroso assevera que: “a lei fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos demais ramos jurídicos”. (BARROSO, 2006)

Os princípios tornaram-se instrumento adequado à ductibilidade do Direito (característica essencial em uma sociedade em constante evolução), pois preservam a estabilidade de um conteúdo ético (os valores são densificados pelos princípios constitucionais, que os irradia para todo o ordenamento).

Houve o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado, servindo de critério e parâmetro de valoração para compreender e interpretar todo o sistema jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico, após a CR/88, passou a ser lido pela *filtragem constitucional*, onde a interpretação das normas infraconstitucionais deve ser feita sob a ótica da Constituição. Tal fato leva ao fenômeno da constitucionalização do direito, ou seja, para se interpretar o direito tem que se passar pelo filtro da Constituição.

> A constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.
>
> Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional (BARROSO, 2006).

A CR/88 incorporou a “filtragem constitucional”, onde as leis têm que ser relidas pela ótica constitucional (interpretação conforme a constituição), para evitar conflitos com a hierarquia superior e para potencializar valores e objetivos que a Constituição consagra. Mais ainda, os direitos fundamentais tornam-se base estrutural da ordem jurídica: não são meros direitos subjetivos, constituem decisões valorativas de natureza objetiva, com eficácia

irradiante para toda a ordem jurídica, diretrizes para todos os órgãos judiciais, legislativos e administrativos (BINENBOJM, 2006).

A Constituição de 1988, que, além de ampliar as possibilidades interpretativas, aumentou a importância do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, nos processos de fiscalização abstrata de normas.

> Certo de que a ameaça aos direitos fundamentais pode originar-se dos atos legislativos, o constituinte robusteceu o sistema brasileiro de jurisdição constitucional. Mantendo o sistema misto vigente no pais, conferiu maior latitude à fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis, sobretudo ao ampliar o elenco dos legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Por isso, é quase impossível, desde 1988, que alguma lei mais polêmica seja editada sem que haja um imediato questionamento da sua constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o que tem gerado, como efeito colateral, uma certa judicialização da política nacional. (SARMENTO, 2007, p.124)

Após a Constituição de 1988, houve o surgimento de um sentimento constitucional no País. A solução de demandas passou a seguir o prisma da legalidade constitucional.

> A Constituição de 88 é a primeira das cartas brasileiras a ser incorporada à gramática de reivindicação de direitos dos movimentos sociais. Nos últimos tempos, trabalhadores, negros, índios, sem terra, ambientalistas, dentre outros grupos, têm passado a ver a Constituição como um importante instrumento nas suas lutas emancipatórias. Na verdade, a conquista de algumas vitórias no cenário judicial, com suporte em argumentos constitucionais, serviu para disseminar no âmbito da sociedade civil organizada a visão da Constituição de 88 como uma ferramenta útil nas incessantes batalhas pela afirmação dos direitos dos grupos desfavorecidos (SARMENTO, 2007, p.125).

No título I, artigos 1º ao 4º da Constituição, é possível perceber que o direito constitucional brasileiro traz um projeto de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar desigualdades, de não tolerar preconceitos, de erradicar a pobreza, de prevalência de direitos humanos, de busca permanente da paz, de respeito à dignidade humana, à soberania popular, de respeito ao pluralismo político (que não é partidário), ideológico, filosófico, dentre outros. A Constituição assegura a sociedade pluralista, e em virtude disto nos resguarda de eventuais arbítrios do poder contra as nossas liberdades, a liberdade de crença, de convicção política, filosófica e outros direitos.

Tudo isso é fruto da evolução do direito constitucional. Esta evolução tem levado à releitura de disciplinas, como o direito administrativo, o direito civil, o direito penal, o direito processual, dentre outras.

Dentro desta perspectiva da principiologia constitucional e dos valores que decorrem do texto constitucional, que o trabalho propõe uma discussão acerca da inconstitucionalidade

da (in)constitucionalidade na vedação de escolha do regime de bens para casamento dos maiores de 70 anos.

2.1 Constitucionalização do direito civil

No constitucionalismo contemporâneo, há o reconhecimento da força normativa da Constituição, onde se busca garantir concretização dos valores inseridos no texto constitucional.

> O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2005)

O Código Civil de 1916 foi elaborado com uma linhagem individualista e patrimonialista, com desigualdades e normas que denotaram um Estado patriarcal.

> O Código Civil de 1916 estava ultrapassado há muito tempo quando do advento do Código Civil de 2002. Muitas de suas normas já eram mitigadas pela jurisprudência, principalmente após o advento da Constituição da República de 1988. O Código Civil de 1916 foi resultado do direito liberal, em que se prestigiava o individualismo, o patrimonialismo, o positivismo. Segundo Sylvio Capanema de Souza, o Código Civil de 1916 tinha três personagens principais: o marido, o contratante e o proprietário. Era a solidi&cação dos princípios liberais. O Estado Liberal acabou por gerar a opressão do mais forte ao mais fraco. Surgiu, então, o Estado Social, período em que nasceu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Constituição Cidadã), prevendo como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e solidariedade social (arts. 1º, III e 3º, II, da CRFB). Com a Constituição de 1988 o princípio da utilidade, que fundamentava a separação entre o Direito Público e o Direito Privado, foi substituído pelo princípio da utilidade preponderante, que implica uma linha divisória mais tênue entre o Direito Público e o Direito Privado. Fala-se em uma publicização do direito civil. Surgiu o direito civil constitucional, que impõe uma releitura do direito civil à luz dos princípios constitucionais. Um exemplo é a dedicação de um capítulo aos direitos da personalidade, com previsão expressa sobre a sua intransmissibilidade e irrenunciabilidade. O Código Civil de 2002 inspirou-se em três grandes paradigmas: função social do direito, efetividade ou operacionalidade e equidade ou solidariedade. Preocupou-se com a realização da justiça concreta. (BAPTISTA, 2013)

Com o constitucionalismo contemporâneo, o código civil ficou em segundo plano e subordinado hierarquicamente à constituição. Para que as normas de direito civil fossem alçadas novamente a uma expressão genérica, foram inseridas na Constituição. Normas constitucionais

tratando de Direito Civil (por exemplo, art.226 da CR/88), esse é o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.

André Luiz Arnt Ramos aduz que com a nova tábua axiológica (dignidade da pessoa humana; liberdade; igualdade substancial e solidariedade social) imposta pelo Texto Constitucional (papel reunificador do Direito Civil), o eixo fundamental do Direto Civil deixou de ser o código, passando a ser a Constituição. O processo de constitucionalização do direito civil resultou no reconhecimento de que a pessoa, e não o patrimônio, está no epicentro do sistema normativo brasileiro.

> A absorção, pelo texto constitucional, de uma série de conteúdos não patrimoniais, interfere diretamente nos tradicionais institutos do Direito Privado.8 Mais que isso: impulsionou um repensar da idolatria do Código Civil como a constituição do indivíduo9 e continente exclusivo das soluções para problemas inerentes às relações interprivadas – malgrado os recortes historicamente promovidos, em prestígio não à pessoa, mas a quatro avatares do sujeito de direito: contratante, marido, proprietário e testador.10 A celebração de compromissos substantivos em torno do extenso rol de direitos e deveres fundamentais mina a acepção moderna de Constituição como Carta Política. Anima, pois, uma nova percepção sobre o sentido e a função da Constituição. Nesta senda, opera, na fratura da summa divisio, uma tendencial despatrimonialização do Direito Civil, mediante tutela prioritária ao ser humano, cuja dignidade serve de norte para todo o Direito. (RAMOS, 2018)

Até 1988 todas as Constituições eram indiferentes ao Direito Civil. A Constituição de 1988, numa rematerialização da legislação, positiva no texto constitucional, além de outras, normas de direito civil.

Os conceitos, categorias e institutos do direito civil passam por uma filtragem constitucional. Tradicionalmente, os institutos civis carregam forte dose de patrimonialidade (nascituro, comoriência, prodigalidade, ausência são exemplos no sentido de que o que movimenta a regulação civil é o patrimônio).

Observa-se, porém, uma filtragem ética dos institutos de direito civil. O que não se aceita, hoje, é que ponhamos em pé de igualdade valores existenciais (éticos, personalísticos, espirituais) e valores relativos ao patrimônio. Sem falar que os primeiros, se violados, dificilmente aceitam uma recomposição adequada. A restauração do equilíbrio perdido, além de tardia, é quase sempre ineficaz, caindo na vala comum da indenização monetária. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2022)

Paulo Luiz Netto Lôbo, aduz que as primeiras constituições não regularam relações privadas. Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio. O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu sua

função. O Constitucionalismo de limitar profundamente o Estado e o poder político com a Constituição, e Código Civil de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). (LÔBO, 2004)

> Os estudos mais recentes dos civilistas têm demonstrado a falácia dessa visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil. Não se trata, apenas, de estabelecer a necessária interlocução entre os variados saberes jurídicos, com ênfase entre o direito privado e o direito público, concebida como interdisciplinaridade interna. Pretende-se não apenas investigar a inserção do direito civil na Constituição jurídico-positiva, mas os fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos.
> Na atualidade, não se cuida de buscar a demarcação dos espaços distintos e até contrapostos. Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com freqüência (e ainda ocorre).
> A mudança de atitude também envolve uma certa dose de humildade epistemológica. O direito civil sempre forneceu as categorias, os conceitos e classificações que serviram para a consolidação dos vários ramos do direito público, inclusive o constitucional, em virtude de sua mais antiga evolução (o constitucionalismo e os direitos públicos são mais recentes, não alcançando um décimo do tempo histórico do direito civil). Agora, ladeia os demais na mesma sujeição aos valores, princípios e normas consagrados na Constituição. Daí a necessidade que sentem os civilistas do manejo das categorias fundamentais da Constituição. Sem elas, a interpretação do Código e das leis civis desvia-se de seu correto significado.
> Diz-se, com certa dose de exagero, que o direito privado passou a ser o direito constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe.
> Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. (LÔBO, 2004)

Hoje, os civilistas aludem, crescentemente, à despatrimonialização e à repersonalização das relações civis. Os juristas são instados a reler a legislação infraconstitucional com novos olhos, observando os valores constitucionalmente prestigiados. Nesse contexto, dificilmente teríamos, hoje, no plano do direito civil, uma conduta agressora das convicções sociais como conforme ao direito. Em face da atual Constituição da República – que adotou, entre os princípios fundamentais da República, a cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III), e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) –ampliou-se, de modo generoso, o panorama de análise da inconstitucionalidade das leis. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2022)

> Durante o século XIX e boa parte do século XX, o direito civil orgulhava-se do rigor formal dos seus conceitos, em sistema logicamente impecável. Porém, paralelamente aos encadeamentos lógicos dos juristas, os poderes privados eram –e, de certo modo, ainda são –marcados por forte carga despótica. O marido sobrepunha-se, social e juridicamente, à mulher; o pai sobrepunha-se ao filho; os empregadores a seus empregados. A igualdade material não inspirava os códigos civis. Os códigos civis clássicos não se preocupavam com esses desníveis de poder privado; antes

> os secundavam. Padrões de comportamento preconceituosos se repetiam, e a lei os incentivava. (FARIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO, 2022)

O Código Civil de 1916 refletiu os padrões mentais e culturais da sociedade patriarcal e patrimonialista daquela época. Hoje o Código Civil é constitucionalizado, alicerçado na dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade patrimonial, tendo o ser humano como o epicentro da regulação jurídica, não mais o patrimônio.

3 ASPECTOS LEGAIS REFERENTES AO CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto (DINIZ, 2022, p. 824).

Carlos Roberto Gonçalves ensina que o casamento é a união legal entre duas pessoas, com o objetivo de constituírem uma família. Reconhecesse-lhe o efeito de estabelecer comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC art. 1.511). (GONÇALVES, 2022)

O vínculo que se estabelece a partir da constituição da sociedade conjugal é indissolúvel, não pode ser rompido senão nas hipóteses previstas em lei. As mudanças socioeconômicas proporcionaram uma relativização dessa característica. Assim, o vínculo formado após o casamento não pode ser rompido, senão nos casos em que haja previsão legal. (LISBOA, 2012, p. 32)

É de competência Cartório de Registro Civil do domicílio dos noivos, e se domiciliados em locais diferentes de qualquer deles a instauração do processo de habilitação, onde eles apresentarão a documentação necessária para validação do matrimônio[1].

Os noivos optarão e indicarão o regime de bens que será adotado e publicado nos proclames. ‘’O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar’’ (TARTUCE, 2022).

Luiz Guilherme Loureiro, assevera:

> Convém salientar que os nubentes têm ampla liberdade de estipular quanto aos bens o que quiserem, desde que não haja afronta à ordem pública, à moral e aos costumes.

[1] Destina-se a aludida medida preventiva a constatar: a capacidade para a realização do ato (CC arts. 1.517 a 1.520); a inexistência de impedimentos matrimoniais (art. 1.521) ou de causa suspensiva (art. 1.523); e a dar publicidade, por meio de editais, à pretensão manifestada pelos noivos, convocando as pessoas que saibam de algum impedimento para que venham opô-lo. (GONÇALVES, 2022)

> Além dos regimes típicos previstos em lei (comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens, comunhão dos aquestos), as partes são livres para criar regimes atípicos da forma como lhes aprouver, observados os limites à autonomia da vontade. Podem, inclusive, combinar características dos diversos regimes típicos. Deve o Oficial alertar os nubentes que, caso queiram optar pelo regime de bens diverso da comunhão parcial, deverão antes providenciar um pacto antenupcial a ser lavrado em tabelionato de notas e anexado ao processo de habilitação. Com efeito, o regime de bens diverso do regime legal, que é o regime da comunhão parcial, deve ser estipulado antes do casamento, por pacto antenupcial a observar uma forma solene, qual seja a da escritura pública. (LOUREIRO, 2016, p. 244).

Nesse contexto a escolha do regime de bens que permeará a união entre os parceiros, se presta a regular seus interesses patrimoniais e econômicos. Em regra, os nubentes têm o direito de escolha quanto ao regime a ser adotado e que regulará sua relação. No pacto antenupcial serão introduzidos todos os regulamentos de ordem patrimonial relativos ao casamento.

> [...] o ordenamento coloca à disposição dos nubentes quatro diferentes regimes. São eles: Regime da Comunhão Parcial de Bens, Regime da Comunhão Universal de Bens, Regime de Separação de Bens, que pode ser legal ou convencional, e o Regime da Comunhão Final dos Aquestos (PINTO, 2014, p. 954).

Nos quatro regimes de bens, os nubentes podem optar por qualquer deles, todavia, a lei prevê uma restrição ao princípio da livre escolha e impõe o regime de separação obrigatória de bens nas situações taxativamente previstas no art. 1.641 do Código Civil, *in verbis*:

> 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.

A primeira hipótese de imposição de regime obrigatório de bens tem como destinatários aqueles que se casarem sem observar as causas suspensivas para a celebração do matrimônio, previstas no art. 1.531 do Código Civil[2].

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

Face a imposição legal, caso uma pessoa contraia matrimônio, arcará com o ônus da imposição do regime de separação obrigatória de bens, frente a essa vedação no regime compartilhado de bens para maiores de 70 anos. Assim é imprescindível que se discuta frente ao regimento legal da constituição ao que define capacidade do indivíduo, bem como a relação dos direitos com o seu direito à liberdade ou livre escolha.

A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade de um dos nubentes, foi inicialmente prevista pelo art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, que dispunha que não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial, sendo, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos.

O referido dispositivo legal previa como limite etário para a escolha do regime de bens a idade de 60 (sessenta) anos para homens e 50 (cinquenta) anos para mulheres, sendo essa uma demonstração clara do tratamento diferenciado que era dado às pessoas em razão do gênero. Segundo Maria Berenice Dias, as mulheres eram somente valorizadas por seus atributos de beleza e pelo seu potencial de serem donas de casa. (DIAS, 2020),

O Código de 1916 era fundamentalmente patrimonialista, o que fazia com que as pessoas fossem vistas em suas relações privadas como sujeitos de direitos patrimoniais, tendência essa que foi modificada com a constitucionalização do Direito Civil, a partir da Constituição Federal de 1988. (TARTUCE, 2022)

A limitação prevista no art. 1.641, inciso II, do Código Civil, seguiu essa retrógrada tendência, à medida que procurou proteger o patrimônio em detrimento da felicidade conjugal. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que teve como um de seus princípios basilares a igualdade, o critério etário passou a ser o mesmo para homens e mulheres a partir do Código Civil de 2002, sendo o regimento legal atual. (TARTUCE, 2022)

4 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL

Para se aferir a sua constitucionalidade, deve se realizar uma análise dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, relacionando-os com a imposição do aludido regime aos maiores de 70 (setenta) anos[3].

[3] Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e, com a consequente manutenção da restrição aos sexagenários, novas críticas foram feitas, o que ocasionou a apresentação de vários projetos de lei, com o objetivo de alterar o limite etário. Entre esse projetos estava o de autoria da deputada federal Solange Amaral (PL n. 108/2007), que pretendia o aumento da idade para 70 (setenta) anos; e o de autoria do deputado federal Osório Adriano (PL n. 4.944/2009), que pretendia o aumento da idade para 80 (oitenta) anos. O primeiro projeto foi aprovado, sendo convertido na Lei n. 12.344/2010, que alterou o art. 1.641, inciso II, do Código Civil, passando a prever a obrigatoriedade do regime de separação de bens para os septuagenários.

A capacidade está elencada no artigo 1° do Código Civil de 2002 e prevê que toda pessoa é capaz de direitos e deveres. Nessa ótica, o conceito de personalidade correlaciona com o da capacidade. No entanto, personalidade refere-se a uma qualidade inerente ao ser humano. Logo, todo aquele que nasce com vida torna-se pessoa, ou seja, adquire personalidade.

Carlos Roberto Gonçalves assevera que "personalidade pode ser definida como aptidão genérica para contrair obrigações ou deveres na ordem civil". (GONÇALVES, 2022).

A capacidade de direito é aquela que toda pessoa possui ao nascer com vida. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano sem qualquer distinção ao nascer com vida. (GONÇALVES, 2022).

A capacidade de fato, que é objeto do estudo em foco, refere-se à aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil.

A incapacidade ocorre quando o indivíduo possui a capacidade de direito, mas não possui a capacidade de fato, pelo fato de sofrer certa limitação aos atos da vida civil em razão de sua idade, saúde, dentre outras, necessitando, portanto de amparo.

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

A capacidade de direito todo ser humano possui, sem nenhuma restrição, também conhecida como capacidade de gozo ou de aquisição de direitos. Por meio dessa capacidade é que um menor ou até mesmo um nascituro pode herdar bens deixados por seus genitores.

Portanto, a capacidade de direito é um atributo que está intrínseco ao nascimento com vida, podendo uma pessoa tê-lo, sem, contudo, dispor da capacidade de fato.

Quanto a capacidade de fato, nem todo ser humano possui tal capacidade. Também conhecida como capacidade de exercício ou de ação, é a que assegura o exercício dos atos da vida civil. Os artigos 3º e 4º do Código Civil sofreram alterações pela Lei nº 13.146/2015, sendo que apenas os menores de 16 anos são considerados pelo ordenamento jurídico como absolutamente incapazes. Nos demais casos, há tão somente a incapacidade relativa.

[4] Art.º 4 São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)
IV - os pródigos.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que “quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita, como visto, de outra pessoa que o substitua ou complete a sua vontade, São, por isso chamados de incapazes”. (GONÇALVES, 2022)

Paulo Luiz Netto Lôbo, assevera que o direito civil sempre foi identificado como o locus normativo privilegiado do indivíduo. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, de centralidade do Estado Liberal:

> Enquanto perduraram as condições de sobrevivência do Estado liberal, principalmente no século XIX (no Brasil, até à Constituição social de 1934), os códigos civis desempenharam funções relevantes que os mantiveram como o núcleo do direito positivo. Para Francisco Amaral , que perfilha a tese da descodificação, o conjunto de valores e idéias que formaram o caldo de cultura dos grandes códigos encontra-se superado, nomeadamente suas funções políticas, filosóficas e técnicas.
> Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente.
> A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada.
> O direito de família, como parte da codificação civil, sofreu essas vicissitudes, em grau mais agudo. A mulher foi a grande ausente na codificação. As liberdades e igualdades formais a ela não chegaram, permanecendo a codificação, no direito de família, em fase pré-iluminista. Nas grandes codificações do século passado (e a concepção de nosso Código Civil é oitocentista), o filho é protegido sobretudo na medida de seus interesses patrimoniais e o matrimônio revela muito mais uma união de bens que de pessoas. (LÔBO, 2004)

Cumpre esclarecer, que a questionada obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de todos os influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 praticamente repetiu a redação do Código de 1916, mantendo a proteção estatal não sob o ótica da pessoa, mas sim do patrimônio.

Nesta linha, como argumentos favoráveis a constitucionalidade do dispositivo, está o fato de que a mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, ao restringir a autonomia da vontade, visou proteger a pessoa maior de 70 anos e seus herdeiros necessários de casamentos realizados com interesses patrimoniais. Assim, a norma posta protege o direito de propriedade dos maiores de 70 anos quanto e o direito à herança de herdeiros, previstos no artigo 5º da Constituição, incisos XXII e XXX.

Portanto, o que se tem no regramento do art.4.641, II do CC é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana.

A patrimonialização das relações civis, que ainda se faz presente no CC de 2022, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (LÔBO, 2004)

> A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.
> O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.
> Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.
> Quando a legislação civil for claramente incompatível com os princípios e regras constitucionais, deve ser considerada revogada, se anterior à Constituição, ou inconstitucional, se posterior à ela. Quando for possível o aproveitamento, observar-se-á a interpretação conforme a Constituição. Em nenhuma hipótese, deverá ser adotada a disfarçada resistência conservadora, na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil. (LÔBO, 2004)

Neste caminho, como argumentos pela inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II, do CC, está o fato de que o contraente que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Tal fato afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos na Constituição.

> A vedação contida no artigo 1.641 no que tange ao regime de bens para maiores de 70, viola mandamento constitucional. Mas não é necessário remontar à legislação pretérita para evidenciar que nem sempre o legislador está atento à dignidade da pessoa. De forma desarrazoada, presume a lei que, a partir dos 70 anos, ninguém mais tem plena capacidade, pois, se resolver casar, não pode escolher o regime de bens (CC 1.641 II). É impingido o regime da separação. Ou seja, negam-se consequências patrimoniais ao casamento. Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro. Não se pode olvidar que a convivência faz presumir a mútua colaboração, e vetar a divisão dos aquestos prejudica um do par.
> [...]

> Restrição de outra ordem mostra-se injustificável: a imposição coacta do regime de separação de bens para quem casar a partir dos 70 anos de idade (CC 1.641 II). O único motivo só pode ser para evitar que sejam alvo do "golpe do baú". Pelo jeito, tanto homens quanto mulheres, além de não terem a possibilidade de despertar o amor sincero de alguém, perdem o discernimento e, por isso, o Estado resolve tutelá-los. Ainda que possam livremente dispor de seu patrimônio, paradoxalmente, se resolverem casar, o casamento não autoriza envolvimento de ordem patrimonial. Nada justifica a mantença dessa capitis deminutio, que gera presunção de incapacidade, sem atentar para o fato de que vem aumentando a longevidade e a qualidade de vida das pessoas. A regra denota preconceito contra a chamada "melhor idade", o que é vedado pelo Estatuto do Idoso. A limitação, exclusivamente para a escolha do regime de bens, é desarrazoada, não se conseguindo identificar quem a lei pretende preservar. Ora, se visa a proteger o idoso, protege o homem, pois é ele que, com 70 anos de idade, tem muito mais chance de casar do que uma mulher sexagenária. Assim, se a lei protege o noivo idoso, desprotege sua "jovem" pretendente. (DIAS, 2020)

De fato, há uma interdição parcial de quem tem mais de 70 anos, que não encontra respaldo nas teorias da capacidade tipificadas no Código Civil.

A imposição de limite de idade para escolha do regime de bens do casamento para pessoas com 70 anos ou mais, fere a dignidade das pessoas septuagenárias. O fator etário, por si só, não pode significar incapacidade de escolha e prática de qualquer ato da vida civil, muito menos o afastamento de efeitos patrimoniais nas relações de ordem afetiva. (PEREIRA, 2022)

O enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, esclarece, ainda, o preconceito contra as pessoas septuagenárias:

> A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF/1988)". Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

A determinação legal do regime de separação obrigatória de bens, para quem se casar a partir dos 70 anos de idade (CC 1.641 II), fere a dignidade do contraente, restringindo o seu direito à liberdade de escolha e autonomia da vontade. A pessoa continua capaz para todos os demais atos da vida civil, mas não pode escolher o regime de bens do casamento nessa hipótese.

CONCLUSÃO

A constituição tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). O art.3º, IV da CF traz como objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. Nos direitos e

garantias fundamentais previstos no art.5º da Constituição, há promoção da igualdade e da liberdade, a proteção da intimidade e da vida privada (art. 5º, X).

O art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional, uma vez que fere preceitos constitucionais. O que se percebe é uma injustiça legislativa que fomenta o preconceito contra pessoas idosas que ultrapassarem 70 anos de idade.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens para os maiores de 70 (setenta) anos não possui mais razão de ser no ambiente de direito civil constitucionalizado, que promove a dignidade da pessoa. Houve um aumento da expectativa da vida. A previsão do dispositivo legal acaba por estabelecer uma presunção de que os septuagenários não possuem o discernimento necessário (capacidade) para optar pelo regime de bens que melhor lhes aprouver. Como pano de fundo, o que se tem é a proteção patrimonial de resquícios do século XVIII, incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo.

Essa vedação vai na contramão da tendência de constitucionalização do direito civil. O contraente com setenta anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. É livre também para amar, se apaixonar e relacionar. Não precisa de um Estado patriarcal para proteger seu patrimônio visando resguardar interesses de terceiros (herdeiros necessários).

O simples fato de a pessoa completar 70 anos, por si só, não pode significar e muitos menos presumir incapacidade de escolha para a prática de qualquer ato da vida civil, inclusive afetos ao regime de bens nas relações de ordem afetiva.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Mariana Moreira Tangari. 10 anos do código civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 2 v. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13). Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anosdocodigocivil_volumeII.pdf. Acesso em 15/10/2022

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.329.

_____, (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, *240*, 1–42. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 Ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 09/08/2022

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Constituição Federal anotada. São Paulo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado 125. Jornada de Direito Civil. Disponível em : https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf. Acessado em 10/10/2022

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Salvador: JusPodivm, 2020

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 36. ed, São Paulo: Saraiva, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Manual de Direito Civil* - volume único/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald. - 7 ed. rev, ampl, e atual. - Salvador, Ed. JusPodvm, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Esquematizado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil acesso em 15/10/2022

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2016

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 3ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2022;

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado.** São Paulo: Editora Método, 2014.

RAMOS, André Luiz Arnt. Ensaio de uma (auto)crítica: o direito civil contemporâneo entre a tábua axiológica constitucional e a constituição prospectiva. Revista Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-9, out./dez. 2018. Disponível em https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/7599/pdf. Acesso em 11/10/2022;

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: **Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 12ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2022.