

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 ANOS ORIUNDA DA LEI 12.344/2010

THE UNCONSTITUTIONALITY OBLIGATION OF THE SYSTEM OF MANDATORY SEPARATION OF GOODS FOR MORE THAN 70 YEARS OF LAW ARISING 12.344/2010

José Vagner de Farias¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise sobre a inconstitucionalidade da nova redação do art. 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro, implementada pela Lei Federal 12.344/2010. Inicialmente, é feita uma abordagem histórica da entidade casamento à luz das constituições que o país já teve, ressaltando qual o caráter predominante para sua caracterização face à Constituição Federal de 1988. Depois, analisa-se quais os regimes de bens, estatuto patrimonial do casamento, que o atual ordenamento jurídico nacional contempla, destacando-se o regime de separação obrigatório de bens. Ressaltando a busca de efetivação de direitos fundamentais dos idosos, é feito um estudo sobre os mesmos à luz da Constituição e do Estatuto do Idoso. Por fim, é feita a abordagem técnica sobre a inconstitucionalidade da supracitada norma.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Igualdade. Separação obrigatória de bens. Direito privado.

Abstract

This paper aims to do an analysis on the unconstitutionality of the new wording of art. 1.641, section II of the Civil Code, implemented by Federal Law 12.344/2010. Initially, there is a historical approach to contracting marriage under the constitutions that the country ever had, noting that the predominant character to face his characterization of the 1988 Federal Constitution. Then we analyze which regimes of property, marriage status sheet, the current national law contemplates, highlighting the mandatory regime of separation of property. Underscoring the search for realization of fundamental rights of the elderly, a study is done on them in the Light of the Constitution and the Statute of the Elderly. Finally, the technical approach is made on the unconstitutionality of the abovementioned standard.

Keywords: Unconstitutionality. Equality. Mandatory segregation of goods. Private law.

¹ Pós-graduando em Direito e Processo de Família e Sucessões pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Aluno do Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Defensor Público do Estado do Ceará.

Introdução

Em 10 de dezembro de 2010 foi publicada a Lei Federal 12.344, que alterou a redação original do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o vigente Código Civil Brasileiro, aumentando para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento².

Anteriormente, desde a promulgação do chamado “Novo Código Civil” em 2002, a idade de imposição obrigatória do regime de separação obrigatória de bens era de 60 anos³. Ressalta-se que, no Código Civil de 1916, de forte característica conservadora, patriarcal e, de sobremaneira, patrimonialista, estipulava-se esta mesma imposição legal, mas com a distinção de que, para o cônjuge virago, a vedação se dava a partir dos cinquenta anos de idade⁴, em uma expressa afronta a igualdade de gêneros.

Mesmo que estejam motivados pela sinceridade do amor, com plena capacidade mental, não tendo herdeiros para deixar seus bens, a lei sempre foi taxativa quanto a esse aspecto de imposição de regime de bens às pessoas de idade avançada, sem possibilidade alguma de exceção.

Em um primeiro momento, é paradoxal que, por exemplo, o Vice-Presidente da República, Michel Temer, de 72 anos de idade, e o ex-presidente do Congresso Nacional, de 82 anos de idade, José Sarney, bem como diversos outros cargos da República que são e podem ser ocupados por pessoas com idade superior a 70 anos, possam decidir o futuro do país, mas não possam escolher qual seria o regime de bens de seu casamento.

Apesar de, preliminarmente, vislumbrar-se um avanço na legislação do Direito de Família no que tange ao aumento da idade e não mais distinção em razão do sexo, o presente

² “Art. 1º O inciso II do **caput** do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 1.641 - II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (NR) - Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”(BRASIL, 2010, sem grifo no original).

³ “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 sessenta anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial” (BRASIL, 2002, sem grifo no original).

⁴ “Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor, ou curador. IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453)”. (BRASIL, 1916, sem grifo no original).

trabalho procurará analisar juridicamente se tal alteração de faixa etária de instituição de obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, atinge materialmente a Constituição, considerando os princípios e valores presentes nesta.

1 Casamento: entidade familiar constitucional

Devido ser, historicamente, a forma mais tradicional de constituição familiar, no senso comum, quando se fala em entidade familiar a primeira associação que a sociedade geralmente faz é a do casamento. Por ser assunto de grande relevância pública e social não é de espantar que tal instituição tenha sido historicamente prevista nas constituições do país.

Destaca-se que a concepção que prevalece de família, por forte influência da religião, geralmente esteve atrelada, necessária e unicamente, à noção de casamento, não podendo se falar nessa instituição se a mesma não fosse originada de maneira matrimonial. As instituições religiosas exigiram e exigem até os dias atuais, para seu reconhecimento, além do *affectio maritalis*, a formalidade religiosa, isto é, o casamento religioso. De maneira que "homem e mulher selam a sua união sob as bênçãos dos céus, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel" (PEREIRA, 1997, p.35).

Tal concepção influenciada pela relação entre casamento e religião, prevalecendo, pois, no Brasil a família cristã em razão da maioria dos praticantes, a qual não permitia de forma imperativa o seu surgimento fora do contexto do casamento, teve previsão normativa e influência direta na legislação nacional até o século XX.

A Constituição Imperial de 1824, ao tratar dos direitos básicos dos cidadãos brasileiros ignorou a instituição casamento (que era sinônimo de família à época); tanto na seara religiosa, quanto cível, permitindo, assim, que as demais fossem instituídas livremente. "Como era grande o número de católicos, o casamento eclesiástico era comumente o mais praticado pelos brasileiros". (FREITAS, 2013)

Em 1890, com a instituição da república, foi feita a segregação legal entre os poderes religiosos e estatais na instituição casamento, uma vez que o Decreto nº 181, de 1890, do governo provisório republicano possibilitou o casamento civil no Brasil e retirou do casamento religioso, de forma radical comparado com as Constituições posteriores, qualquer valor jurídico que o mesmo pudesse apresentar.

Ao entra em vigor a nova Constituição Federal em 24 de fevereiro de 1891, a primeira republicana do Brasil, a mesma dispôs em seu artigo 72, §4º, que: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1981).

Constata-se, assim, que a primeira constituição republicana do país determinou imperativamente que somente seriam reconhecidas juridicamente as uniões fundadas no casamento civil, ou seja, em outras palavras, não haveria proteção do Estado à família no seu sentido de membros de pessoas unidas por vínculo biológico e afetivo.

Mesmo havendo a distinção entre o casamento religioso e casamento cível no plano da validade jurídica, a influência da religião no instituto cível foi tanta que duas características do casamento religioso, principalmente o católico, se fizeram presentes: a de família como sinônimo de casamento e a indissolubilidade da união. As constituições federais promulgadas em seguida à primeira republicana foram nessa linha. A de 1934 assim dispôs:

Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

[...]

146 – O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. (BRASIL, 1934)

Constata-se, pela leitura dos dispositivos, que foi utilizado, pela primeira vez a expressão “família”, e que apenas a constituída pelo casamento indissolúvel estaria sob a proteção do Estado. Frisa-se, pois, um avanço em termos de previsão constitucional ante a primeira constituição republicana (1891) até então, conforme mencionado, radical na separação absoluta entre casamento cível e religioso: a possibilidade de reconhecimento do casamento juridicamente quando realizado por “ministro de qualquer confissão religiosa”, isto é, do casamento religioso.

As constituições promulgadas em 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 mantiveram a essência já mencionada do reconhecimento da família apenas pelo casamento e da indissolubilidade do mesmo, ressaltando-se a omissão da Constituição de 1937, a chamada “Constituição Polaca”, da possibilidade de reconhecimento do casamento religioso como cível ⁵.

⁵ “Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.” (BRASIL, 1937)

“Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá

Em 1977, após muita polêmica em razão da resistência dos setores mais conservadores da sociedade, influenciados pela concepção religiosa no que tange à indissolubilidade do casamento, consagrados a nível constitucional na maioria das cartas políticas até então, foi permitida, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 9/77 a possibilidade do divórcio, que, junto com a morte de um dos cônjuges, passou a ser uma das duas hipóteses de se por termo ao vínculo matrimonial.

Trata-se de um avanço no que tange ao respeito ao princípio da afetividade, pois, coerente com também com o princípio da primazia da realidade, não faria sentido manter-se um vínculo jurídico entre pessoas que, de fato, não comungam uma vida de mútua assistência moral, afetiva e social.

Até a segunda metade do século XX, ainda vigia entre nós a norma que prescrevia ser o casamento indissolúvel. Foi preciso alterar uma constituição e assim possibilitar a dissolução do vínculo do casamento de um casal pelo divórcio, para que fosse possível discutir novas formas de constituição de família. Ressalta-se que essa ruptura não se deu automaticamente, mas foi resultado de enorme luta de parte mais liberal da sociedade, e, sobretudo, da doutrina, que questionava a sistemática vigente.

Com a Constituição Federal de 1988, houve forte reformulação na concepção de família a nível constitucional, que passou, dentro de rol exemplificativo, a reconhecer, também, como entidade familiar para fins de proteção do ordenamento jurídico a formada pela união estável, a monoparental, além de abrir a possibilidade jurídica de reconhecimento da união homoafetiva, passando, pois, a família ser entidade plural e não apenas singular. Ressalta-se, também, que o princípio da igualdade entre homem e mulher também alterou o conceito social de casamento⁶.

ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.” (BRASIL, 1946) “Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.” (BRASIL, 1967)

⁶“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As bases para o reconhecimento de uma entidade familiar, até então restritas única e exclusivamente ao casamento, foi superado quando da caracterização da solidariedade, do afeto e o primórdio da dignidade da pessoa humana. O casamento, juridicamente, portanto, passou a constituir apenas uma das formas de constituição de família, sendo, junto com a união estável, a mais usual delas.

O que caracteriza uma entidade familiar após 1988 é a que detém, em sua essência, afeto que, enquanto constatado, pressupõe intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum, com perspectivas de permanência e publicidades. É o afeto, dessa forma, que define uma entidade familiar. Ressalta-se que não é um afeto qualquer, pois se assim fosse, uma simples amizade poderia caracterizar-se como família.

Desta forma, o conceito de família caracterizada pela afetividade acompanhada de uma entidade que pode ser elencada entre as que mais sofreram influências sociais, e, por consequência, mudanças de perspectivas conceituais juridicamente com o decorrer do tempo. A família, segundo a tradicional frase, ainda continua sendo “a base, o núcleo celular” da sociedade, instituição donde emergem as primeiras relações sociais de uma pessoa. Esta premissa maior, com as alterações de perspectivas conceituais, permanece inalterável, motivo pelo qual merece proteção do Estado.

A principal finalidade do casamento, espécie de entidade familiar, é estabelecer uma comunhão plena de vida⁷, impulsionada pelo amor e afeição existente entre um casal de homem e mulher, baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência.

O direito civil de maneira geral, positivado em nível infraconstitucional, é considerado por muitos juristas o ramo do direito que mais encontrou barreiras de se modificar e adequar-se à nova Carta Constitucional, que efetivamente avançou no direito de família, merecendo, inclusive, o fenômeno de estudo próprio na doutrina, o que se convencionou denominar: constitucionalização do direito civil ou publicização do direito privado.

Mesmo com o avanço da perspectiva da afetividade, deve-se ressaltar que durante séculos o casamento, como sinônimo de família, ficou reduzido às amarras dos paradigmas

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” (BRASIL, 1988)

⁷ “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL, 2002)

matrimonialista e patriarcal, envolto de preconceitos que ainda influenciam normas que acarretam um número enorme de cidadãos à margem da tutela jurídica.

Para que se possa aprofundar o tema específico desse trabalho, o qual corresponde a um desrespeito ao direito fundamental do idoso, antes de aprofundar, mister se faz estudar o regime patrimonial do casamento.

2 Estatuto patrimonial do casamento: regime de bens

Um dos efeitos do casamento, mesmo considerando-se o avanço no que tange ao reconhecimento do princípio da afetividade, e que por muito tempo foi um dos fatores de prevalência quando de seu trato, é a questão patrimonial, pois tão forte é essa que muitos juristas simplesmente o definem como um contrato, partindo-se de uma lógica patrimonialista⁸. A essência das relações econômicas entre os civilmente casados reside, efetivamente, no regime de bens, estatuto patrimonial do casamento.

Não se pode, em verdade, conceber um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, e ainda que os cônjuges conservassem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos patrimoniais, pois a lei que o estabelecesse estaria instituindo desta maneira um regime de bens. (PEREIRA, 2004, p.187).

Por regime de bens, “entende-se o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 314)

Segundo grande parte da Doutrina, a classificação básica dos regimes de bens observa dois critérios: quanto à origem e quanto ao objeto. A origem do regime de bens pode advir de convenção dos nubentes, que consiste regra, ou de imposição legal, exceção, que consiste no atual ordenamento jurídico nas hipóteses previstas no já mencionado artigo 1.641 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Em relação ao objeto, recai sobre a comunicação ou não dos patrimônios de cada cônjuge, de modo que prevalecem os regimes de “comunhão” e “separação”.

Portanto, é lícito aos cônjuges escolher o regime de sua preferência, desde que, segundo a doutrina mais conservadora, não atente contra os “princípios de ordem pública”.

⁸ “**Contrato solene**, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.” (MIRANDA *apud* GONÇALVES, 2005, p.23, sem grifo no original).

Assim, tem-se o argumento generalista para se tentar justificar um regime de bens imperativo a determinada hipótese legal.

No regime de comunhão parcial, conforme expressa determinação do artigo 1.658. do Código Civil, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções das hipóteses previstas nos artigo seguinte, que consistem basicamente nos "bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso". (RODRIGUES, 2004, p. 178)

Nesse regime patrimonial, é possível identificar três categorias de bens: “os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio. Trata-se de regime da maioria absoluta dos casamentos realizados após 1977, pois os pactos antenupciais são raros”. (VENOSA, 2006, p.349)

Dessa forma, extinto o vínculo do matrimônio, cada cônjuge ficará ao conjunto de seus bens particulares e à divisão dos bens comuns que, em outras palavras, foram adquiridos pelo esforço comum durante o casamento.

Historicamente, em momento anterior à Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977) predominava, na falta de convenção entre os noivos, ou sendo ela nula ou ineficaz, um outro regime de bens de casamento no matrimônio, que será posteriormente trabalhado, que é o de comunhão universal de bens.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1640⁹, manteve essa presunção, a qual está diretamente relacionada ao momento histórico da introdução da possibilidade jurídica de dissolução do matrimônio pelo divórcio em 1977, pois, com tal hipótese, o legislador entendeu de ser o mais justo no caso de futura meação de bens justamente por essa modalidade de extinção do vínculo matrimonial.

O regime de comunhão universal de bens, predominante no país nos casamentos realizados anteriores ao ano de 1977, é aquele que “importa a comunicação todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas.” (BRASIL, 2002, Art.1.667)

Também previu a Legislação Substantiva Civil outro regime de bens de casamento, que, no presente trabalho, por não ter relevância ao objeto aqui analisado, cabe apenas fazer uma análise superficial de sua existência, que é o Regime de Participação Final nos Aquestos. Tal

⁹ “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (BRASIL, 2002)

regime não encontra precedente no Código Civil anterior e está previsto no artigo 1.672 do Código Civil de 2002, o qual reza que

no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (BRASIL, 2002, Art. 1.662)

A característica fundamental deste regime de bens,

[...] consiste em que, na constância do casamento os cônjuges vivem sob o império da separação de bens, cada um deles com seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal (pela morte de um dos cônjuges, pela separação judicial ou pelo divórcio), reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aqüestos. Nesta reconstituição nominal (não in natura), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado. (PEREIRA, 2004, p. 228).

Por fim, tem-se o Regime de Separação de Bens, regime este que é objeto direto do tema desse trabalho. Tal regime pode ser fruto de livre convenção dos nubentes ou por imposição legal.

Prevaleceu, conforme já mencionado, a regra liberal da livre escolha quanto ao regime de bens entre os cônjuges. Em se tratando de separação de bens por consenso dos nubentes, a sistemática adotada será a dos artigos 1.687 e 1.688 do referido diploma¹⁰.

As pessoas previstas nas hipóteses no artigo 1.641, do Código Civil de 2002, estão imperativamente, por clara e expressa determinação legal, impedidas de optarem por qualquer dos outros regimes legalmente à disposição dos cônjuges, de maneira geral. Segundo Maria Helena Diniz (1998, p. 188) o legislador, "por razões de ordem pública, visando proteger o nubente ou terceiro ou por ser exigido como sanção," impôs a separação obrigatória de bens. Verifique-se, pois, a redação atual do Código Civil de 2002 em seu artigo 1641:

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 sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002, sem grifo no original).

¹⁰ “Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial”. (BRASIL, 2002)

Cabe destacar que as consequências jurídicas patrimoniais da separação de bens de forma obrigatória ou facultativa são as mesmas de maneira geral. A diferença ocorre, entretanto, de maneira substancial, quando dos efeitos de direito de sucessão, pois existe disciplinamento distinto¹¹.

Havendo separação obrigatória de bens, o cônjuge sobrevivente, conforme o Código Civil, não será meeiro nem herdeiro. Havendo separação consensual de regime de bens, apesar de não ser juridicamente meeiro, poderá a vir ser herdeiro.

Cabe, antes de se adentrar no mérito acerca da imposição do casamento sob o regime de separação obrigatória de bens às pessoas que atingem determinada idade, ressaltar a polêmica jurídica acerca da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal – STF¹². Parte da doutrina mais tradicional entende haver a incompatibilidade total de qualquer bem havido na constância do casamento no regime de separação obrigatória de bens, defendendo que a mesma não é compatível com o atual Código Civil. Outros, mais progressistas, entende estar a súmula em plena vigência, baseado no princípio da solidariedade, pois “[...] de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.” (DIAS, 2007, p. 232)

Conforme inicialmente destacado, a Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, alterou a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil Brasileiro, aumentando de 60 anos para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento, o que significa que um cônjuge não terá direito subjetivo ao que o outro nubente possuía antes do enlace ou que adquiriu na constância do casamento, por esforço exclusivo.

O motivo de “ordem pública” o qual a doutrina tradicional defende para tal imposição é o de proteção do patrimônio daquele que chegou a determinada idade, bem como o respeito a expectativas de direitos de possíveis herdeiros, evitando-se “uma aventura que ponha tal interesses em jogo”. Evitar-se-ia, assim, o chamado “casamento por interesses”, enraizado na cultura popular, na hipótese de um futuro cônjuge bem mais novo casar com outro afim de ter benefícios econômicos.

¹¹ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.(BRASIL, 2002) Sem grifo no original.

¹² No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. (STF, 1964)

Esta imposição de regime de bens no casamento em função da idade já existia no Código Civil revogado de 1916 (inciso II do parágrafo único do artigo 258), com o agravante de impor tal regime ao cônjuge varão, desde que tivesse idade superior a 60 (sessenta) anos e 50 (cinquenta) anos para o cônjuge virago, mantida, na sua essência, no Código Civil de 2002

Tal disciplinamento, à luz da Constituição Federal de 1988, é de patente inconstitucionalidade, merecendo críticas da doutrina:

A constitucionalidade do regime de separação legal imposta aos maiores de 60 anos vem sendo discutida, desde a entrada em vigor do Código Civil. De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis diminutio* aos maiores de 60 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 60 anos é ainda um jovem, pelo menos para efeito do casamento. (FIÚZA, 2010, p. 981).

Buscar-se-á, assim, no próximos capítulos, os fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade de tal disciplinamento, de enorme ingerência estatal, através de normas cogentes, inicialmente à luz dos direitos fundamentais do idoso à luz da Constituição Federal, bem como do Estatuto do Idoso, e dos próprios direitos fundamentais gerais consagrados na Carta Política de 1988.

3 Antecedentes acerca do regime de separação obrigatória de bens no casamento em função da idade e propostas legislativas

O Código Civil de 1916, de nítido caráter conservador, patriarcal e patrimonialista, elaborado, conforme já abordado, em uma época que família “era apenas a oriunda do casamento”, estipulou-se esta mesma obrigatoriedade de separação de regime de bens, mas com a diferença de que havia outro preconceito de gênero, a de que para o cônjuge virago a vedação se dava a partir dos cinquenta anos de idade. Sílvio Rodrigues, ao abordar tal tratamento já fazia críticas ao mesmo:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou quinquagenário ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver. (RODRIGUES, 2002, p. 183)

Mesmo reconhecendo-se que o direito à liberdade, tutelado materialmente à nível constitucional em 1988, tendente, pois, a sua não restrição na esfera privada em um regime democrático, admissível é que o ordenamento jurídico, e mais especificadamente, no presente objeto, o direito de família, imponha limites à pura liberdade individual, pois, se assim fosse, não haveria, por exemplo, impedimentos patrimoniais, que por atender um interesse público

justificam tal restrição. A grande questão é indagar se essa lógica, “de evitar o casamento por interesse”, justifica uma restrição absoluta equiparando uma pessoa mais velha a um incapaz de gerir sua vida.

Para se atacar a constitucionalidade da supracitada norma, destaca-se que segundo Clóvis Beviláqua, a justificava para tal tratamento ainda no antigo Código Civil,

Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receado que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão. (BEVILÁQUA, 1945, p. 169)

Quando da elaboração do Código Civil de 1916, no início do século XX, a expectativa de vida do brasileiro estava exatamente na faixa dos 50 a 60 anos, o que serviu de referencial para o legislador assim considerar como referenciais para impor tais restrições, a fim de evitar o chamado “golpe do baú” baseado no preconceito acima mencionado por Clóvis Beviláqua, autor do anteprojeto da Lei Substantiva Civil de 1916.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva (2004, p. 194), a manutenção da mesma proibição de escolha de regime de bens do inciso II do artigo 258 do Código Civil de 1916 no Novo Código Civil foi justificada pelo senador Josaphat Marinho, “não em razão de suspeita de casamento por interesse, nem de espírito patrimonialista, mas de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes”.

A modificação operada pelo Código Civil de 2002 foi operacionalizada com a finalidade de tentar harmonizá-la ao princípio da igualdade em relação aos direitos e deveres do cônjuge na sociedade conjugal, a teor do disposto no artigo 226, §5.º, da Constituição Federal¹³.

Dessa forma, a alteração da faixa etária do regime de separação obrigatória de bens para 70 anos em 2010 pela Lei Federal Nº 12.344/2012 foi, conforme se demonstra no próprio projeto de lei¹⁴, justificada sobre a alegativa de que, em decorrência dos avanços da medicina, tal medida justificar-se-ia em razão da maior longevidade do brasileiro. Trata-se de um

¹³ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹⁴ “Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos”.(AMARAL, 2007)

concepção que não afasta a raiz da visão de Beviláqua, no início do século XX, isto é, de “evitar situações de casamento de pessoas com excessiva diferença de idade sirvam-se do casamento para obter vantagem econômica”, apenas aumentando a faixa etária.

Tal mudança tornou a regra menos ruim, persistindo, todavia sua inconstitucionalidade. Nessa mesma lógica, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.944/2009, que propõe que a imposição de separação obrigatória de bens seja para os maiores de 80 anos, projeto este que mantém a lógica discriminatória absoluta de suposta incapacidade da pessoa pela idade em abstrato, ferindo sua dignidade. O grande questionamento jurídico que se faz é voltado

para o fato de que o verdadeiro problema não é o marco inicial ser sessenta ou setenta [ou oitenta] anos para incidência de tal proibição, mas a mácula que enseja sua inconstitucionalidade reside em que não há critério objetivo, científico que justifique esta 'presunção de incapacidade absoluta' criada, casuisticamente, pela lei. Ora estando o cidadão em pleno gozo de suas faculdades mentais, inconcebível restrição deste jaez. O que parece ficar claro em projetos como este é que o Congresso Nacional se mostra indiferente aos debates na doutrina, na jurisprudência e, na própria sociedade, acerca de temas polêmicos como esse. (COSTA, 2007).

Por fim, existe o Projeto de Lei nº 209/2006 no Senado Federal, de autoria do então Senador José Maranhão, que simplesmente revoga o inciso II do artigo 1641 do Código Civil, pois:

tal imposição de regime de bens [é] não apenas uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se argüido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X, e ao art. 226, do qual emerge o princípio da liberdade de constituir entidade familiar [...] Reformulada a sociedade, os valores e as condições de vida, a regra quinhentista deve ser expurgada do ordenamento jurídico brasileiro que, nos dias atuais, constitucionalmente se rege pelo princípio da igualdade, sem **discriminação de qualquer natureza**. (MARANHÃO, 2006, p.12, grifou-se)

Maria Berenice Dias (2003, p.11) vai mais profundo no ataque à lógica de restrição de liberdade da escolha do regime “Não só o inc. II do art. 1.641 do CC, mas todo o artigo 1.641, ao impor coactamente a incomunicabilidade total de bens, mais do que inconstitucional, consagra desarrazoada restrição à liberdade de amar de bens.” Mesmos com tais propostas, a discriminatória norma continua em vigor no ordenamento, razão pela qual deve ser analisada à luz da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto do Idoso.

4 Direitos fundamentais dos idosos e o Estatuto do Idoso

Com o avanço da sociedade capitalista, a tendência materialista de valoração do homem por sua mão de obra superou as práticas antigas de veneração às pessoas com idade avançada, detentoras de sabedoria, principalmente durante a Idade Média. O Capitalismo, em sua versão mais liberal e radical, via a “pessoa senil” como gasto, sem participação no processo de produção e circulação de riqueza devido sua debilidade biológica de força de trabalho. Trata-se de uma concepção econômica que reflete no direito.

A democracia contemporânea, entretanto, após muitas lutas sociais, não é contemplada apenas no contexto de delegação de mandato pelo povo mediante eleições. Numa sociedade efetivamente democrática, ela se caracteriza também por meio da realização de direitos humanos consagrados na constituição, os direitos fundamentais, que no caso do idoso, merecem tratamento diferenciado.

O Brasil, seguindo essa tendência, também, com a Carta Política de 1988, garantiu direitos fundamentais aos idosos, inclusive com a possibilidade de ações afirmativas, com iniciativas voltadas à inserção do idoso, de maneira plena, no contexto social de relações sociais.

Coerente com a perspectiva de atentar para os direitos das minorias, entre as quais destaca-se o idoso, efetivamente, a democracia, a qual não pode reduzir-se a um conceito puramente político, não pode concretizar-se sem nenhuma repercussão prática na vida do cidadão, dentro do corpo social.

Dentro das relações sociais, os direitos fundamentais consistem no respeito pleno de possíveis diferenças dos padrões predominantes na sociedade, garantindo-lhe proteção jurídica por meio de provocação do sistema de justiça, o que constitui, em última análise, ao direito fundamental à igualdade material ou substancial perseguida pela Carta Magna.

A afronta ao Estado Democrático de Direito está presente tanto na antiga como na nova redação do Código Civil em seu artigo 1.064, II, pois a alegativa de possível casamento “por interesses”, e de enriquecimento sem causa, ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos (anteriormente 60 anos) vai de encontro aos direitos fundamentais dos idosos, pois ao supostamente procurar proteger o patrimônio de cônjuges, o legislador sugeriu uma presunção absoluta de incapacidade, sem qualquer possibilidade de excepcionalidade.

A Lei Federal 10.741/03, posterior ao “Novo Código Civil” de 2002 e anterior à Lei 12.344/10, a qual instituiu o chamado Estatuto do Idoso¹⁵, vai de encontro a tal tratamento civilista, pois tal diploma legal veio objetivar toda e qualquer discriminação que possa vir a sofrer um indivíduo unicamente em razão de sua idade, ferindo sua dignidade. O artigo 8º do mencionado estatuto ratifica que "o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção um direito social".

A nível infraconstitucional, portanto, percebe-se afronta direta ao art. 10 do Estatuto, pois “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. (BRASIL, 2003, art. 10)

Não pode, portanto, vigorar tal vedação, principalmente após a edição do Estatuto do Idoso, vez que esta consubstancia-se em medida protetiva e não admite discriminação que atenta a dignidade dos mesmos nesta esfera, desprestigiando o indivíduo tão somente pela sua idade, incorrendo em grave inconstitucionalidade e injustiça, a qual será tecnicamente combatida no próximo capítulo.

5 A Inconstitucionalidade material da Lei 12.244/2010: imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos

Segundo moderna hermenêutica constitucional, o legislador infraconstitucional, em estrita observância aos princípios da constituição, não possui autorização para produzir tratamento diferenciado pela lei. Pode haver, entretanto, “tratamento discriminatório”, quando se busca a efetivação da isonomia em seu aspecto material, por meio de ações afirmativas, devendo encontrar compatibilidade e razoabilidade com preceitos constitucionais, sob pena de ir de encontro ao fundamento de validade de qualquer ato normativo, inclusive do direito civil, que pretende ser o “estatuto da vida privada” dos indivíduos, sob o ponto de vista do patrimônio do cidadão.

¹⁵ “Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.” (BRASIL, 2003, sem grifo no original).

A Lei 12.344/10, definitivamente, não atende tais requisitos, pois afronta a supremacia do texto constitucional em diversos aspectos, conforme se demonstrará, uma vez que a imposição de separação de regime de bens não se insere no novo enfoque dado ao direito civil, despatrimonializado e constitucionalizado, restando, assim, como uma norma materialmente inconstitucional, haja vista não refletir princípios e valores consagrados no diploma constitucional. O direito civil é orientado, sobremaneira,

[...] pelo princípio da autonomia da vontade, em que dado à presunção de que as partes encontram-se em posições isonômicas em suas relações jurídicas, lhes é permitido determinar-se pela livre manifestação da vontade, isto é, podem realizar todo e qualquer negócio jurídico, tendo apenas por limitação de conteúdo a vedação legal e a preservação dos bons costumes (COSTA, 2007).

A primeira incompatibilidade da nova redação do artigo 1641, II, do Código Civil vigente em face da Constituição Federal está na afronta direta ao **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**, que em seu artigo 3º, inciso IV dispõe que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Trata-se da essência da existência do Estado Democrático de Direito. O tratamento dado pela legislação ao tema aqui abordado configura flagrante discriminação:

[...] por reduzir a autonomia do nubente sexagenário (agora septuagenário) como pessoa e constrangê-lo à tutela reducionista, sem qualquer avaliação acerca do seu discernimento, destituindo-o de defesa e argumentação, para simplesmente considerá-lo inapto para exteriorizar seus sentimentos através de um casamento sem imposições, na medida em que estabelece restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não o faz. (NAZERI, 2011, p.11)

Também viola-se o **Princípio da Igualdade**, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Carta Política de 1988, que assim dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

A norma constitucional iguala todos os setores sociais, trazendo, na parte final, uma ressalta constitucional, segundo a qual somente a Constituição Federal pode diferenciar, a fim de efetivar isonomia material. Constata-se que a consequência dessa igualdade, em seu sentido material, é a garantia e inviolabilidade do patrimônio do indivíduo, o que guarda relação com a disponibilidade do indivíduo ou não escolher a qualquer tempo qual o regime de bens que se pretende casar.

A imposição encontra falta de harmonia dentro da própria lógica positivista, já que o artigo 1.725 do Código Civil dispõe que: "na união estável, salvo estipulação em contrato

escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Isto significa que havendo uma união estável com um dos companheiro maior de 70 (setenta) anos, o regime de separação de bens será o de comunhão parcial no silêncio contratual, revelando-se, assim, a desigualdade entre as duas espécies de entidade familiar, sendo a união estável mais vantajosa.

Dessa forma, tal imposição do regime obrigatório de separação de bens apenas por uma lei ordinária é inconstitucional, pois não encontra-se nas ressalvas do próprio texto da Lei Maior. A concepção patrimonialista e a presunção absoluta de incapacidade aos maiores de 60 anos, e posteriormente, com a nova lei, de 70 anos, oriunda de Clóvis Beviláqua, não encontra sintonia com o atual direito de família, em que a afetividade, que não conhece restrições apenas em função da idade, deve superar qualquer paradigma objetivo preconceituoso de relações sociais.

O princípio da isonomia é voltado para todos os poderes e setores da República, inclusive o legislador, que não pode criar normas que violem a já comentada isonomia material, o qual está definitivamente caracterizada no dispositivo aqui atacado. Fixar o legislador um marco inicial de "velhice" aos setenta anos é forma de discriminação, pois a capacidade mental deve ser aferida em cada caso particular, como, por exemplo, ações de interdição, não podendo a lei presumi-la por simples previsão generalista do legislador, que com o surgimento do Novo Código Civil e a alteração do dispositivo atacado em 2010, reproduziu razões de política legislativa fundadas no início do século XX.

Portanto, tal tratamento, ao impossibilitar a escolha livre do regime de bens pelos maiores de 70 anos, está em clara desigualdade com os mais jovens, que, aliás, caso o indivíduo esteja na sua plena capacidade mentais, torna-se indiferente, para fins de escolha de regime de bens, a sua idade.

O **Princípio da Razoabilidade**, não previsto de forma expressa na Constituição, mas consagrado na doutrina, também é desrespeitado quando se impõe um critério objetivo e matemático de imposição sem qualquer critério científico ou de constatação da incapacidade subjetiva do indivíduo, pois a imposição legal ocorre tão somente se um dos nubentes seja um septuagenário. Um homem de 69 anos de idade, por exemplo, pode casar com uma jovem de 18 anos no regime de comunhão universal de bens.

O dia a dia nos demonstra, inclusive, que possui muitos exemplos de pessoas com mais de 70 anos com o mais absoluto discernimento, entre eles incluídos muitos intelectuais, artistas, políticos, juristas que, sem qualquer razoabilidade, são discriminados.

Um dos princípios basilares do Direito Civil, que é o da **Autonomia da Vontade**, encontra ramificações jurídicas no Direito de Família: **Planejamento Familiar**, consagrado também a nível constitucional¹⁶, bem como **Princípio da Liberdade da Escolha do Regime de Bens**¹⁷, que não poderia ser diferente, ante o caráter de livre disponibilidade do direito patrimonial, desde que esteja o indivíduo no pleno exercício de suas capacidade mentais.

Caso haja alguma fraude no casamento de pessoa superior a 70 anos no que tange à sua capacidade mental, o ordenamento jurídico possui as devidas ferramentas para atacar a falta da plena autonomia de vontade da pessoa maior de 70 anos, não se podendo, inclusive, conforme moderna doutrina, utilizar-se a expressão “senil” para essas pessoas, pois a simples idade avançada não corresponde à incapacidade mental de poder decidir por conta própria.

Falta, portanto, considerando os direitos de personalidade previsto no próprio Código Civil à luz da Constituição, razão científica para que simplesmente considere-se uma pessoa de 70 anos de idade com incapaz para exercer seus direitos na seara cível.

Pelo contrário, tais cidadãos possuem a maturidade da vida pessoal, familiar e profissional, devendo ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas, o que, muitas vezes não ocorre com as pessoas muito jovens, geralmente movidas pela “paixão idealista platônica” mais irracional, capaz de fazer “loucuras” e que também pode ser vítima de casamento de interesses, logo, o critério biológico não se sustenta. Se é concebível que possam ocorrer matrimônios por interesse nesta faixa etária, também podem ocorrer em todas as idades.

Conclusão

O presente trabalho demonstra que a alteração feita no Código Civil de 2002 pela Lei Federal 12.344/10, em seu artigo 1641, II, apesar de, supostamente, ter sido realizada com o

¹⁶ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]”

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL, 1988)

¹⁷ “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.” (BRASIL, 2002)

argumento de proteção da pessoa maior de 70 (setenta) anos, da “melhor idade”, pois presumiu a lei que o outro cônjuge estaria alimentando interesses econômicos, é inconstitucional.

É inadmissível, portanto, essa intervenção do Estado no âmbito da vida privada, de cunho prevaemente patrimonial, disponível, determinada uma restrição injusta e antidemocrática ao maior ao idoso, impedindo-o de gerir livremente seu patrimônio.

O direito de família, por ser uma ramificação do direito civil, possui forte influência do aspecto patrimonial. É fundamental, pois, que as normas que tentam regular essa seara de relações sociais do indivíduo propiciem seu desenvolvimento com dignidade em face da Constituição:

Certamente, não se está a dizer que não existam pessoas oportunistas que procuram tirar proveito econômico de casamento com o idoso. Pessoas oportunistas estão por toda a parte. Contudo, se ele pode vender, doar e dá a destinação que entender correta a seu acervo patrimonial, então, o legislador não pode partir do pressuposto de que seja 'presa fácil' para golpes a serem perpetrados pela via do matrimônio, limitando injustificadamente sua liberdade individual. (COSTA, 2007)

Tal imposição, contudo, viola princípios e valores consagrados na Constituição Federal de 1988, como a igualdade, a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana, a afetividade, fundado no princípio da solidariedade social e familiar, bem como com os fins almejados pelo Estatuto de Idoso, discriminando a pessoa maior de 70 (setenta) anos, protegendo de forma não razoável a figura do herdeiro e presumindo a incapacidade de escolha da pessoa que tem idade superior à mencionada.

Portanto, por não possuir na Constituição seu fundamento de validade, tal norma deve ser afastada, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, seja “caso a caso”, pelo controle difuso, face o fenômeno da “constitucionalização do direito civil”.

Referências

AMARAL, Solange. **Projeto de Lei Nº 108/2007**. Câmara dos Deputados Brasília, DF., 2007.

BEVILÁQUA, Clóves. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945. v. 2.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1891.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1934.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1937.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1946.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Federal Nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1996**. Rio de Janeiro, RJ, Senado, 1996.

BRASIL. **Lei Federal Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília, DF, Senado, 2002.

BRASIL. **Lei Federal Nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003**. Brasília, DF, Senado, 2002.

BRASIL. **Lei Federal Nº 12.344 de 10 de Dezembro de 2010**. Brasília, DF, Senado, 2010.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. A (in)constitucionalidade material da imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2165, 5 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12908>>. Acesso em: 03 mar. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?0,7>>. Acesso em: 04 mar. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

FIÚZA, César. **Direito civil**: Curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FREITAS, Joycemara Cristina Sales de. **A tutela da família nas constituições federais do Brasil**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-tutela-da-familia-nas-constituicoes-federais-do-brasil/15376/>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – as família em perspectivas constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

MARANHÃO, José. **Projeto de Lei Nº 209/2006**. Senado Federal. Brasília, DF, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NAZERI, Paulo Roberto. Separação Absoluta de Bens - Lei nº 12.344/10 - Majoração para 70 anos. **Paraná On-Line**, Curitiba, 06 ago. 2011. Disponível em: <<http://m.parana-online.com.br/colunistas/237/87291/>> Acesso em: 04 mar. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DE
FAMÍLIA E SUCESSÕES
DISCIPLINA: TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 ANOS ORIUNDA DA LEI
12.344/2010**

*THE UNCONSTITUTIONALITY OBLIGATION OF THE SYSTEM OF MANDATORY
SEPARATION OF GOODS FOR MORE THAN 70 YEARS OF LAW ARISING 12.344/2010*

José Vagner de Farias
Matr. 0915777

FORTALEZA – CE
ABRIL/2013

JOSÉ VAGNER DE FARIAS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 ANOS ORIUNDA DA LEI
12.344/2010**

Trabalho apresentado pelo aluno José Vagner de Farias, matrícula 0915777, como cumprimento de avaliação para disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo de Famílias e Sucessões da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, para fins de cumprimento dos créditos exigidos.

FORTALEZA – CE
ABRIL/2013