



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais - FAJS

ALESSANDRA MENEZES E SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO COMPULSÓRIA E
O ADVENTO DO NOVO PARADIGMA DA CAPACIDADE**

Brasília/DF
2017

ALESSANDRA MENEZES E SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO COMPULSÓRIA E
O ADVENTO DO NOVO PARADIGMA DA CAPACIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Profº Drº. Danilo Porfírio de
Castro Vieira.

**Brasília/DF
2017**

ALESSANDRA MENEZES E SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO COMPOLSÓRIA E
O ADVENTO DO NOVO PARADIGMA DA CAPACIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para conclusão do curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof^o Dr^o. Danilo Porfírio de
Castro Vieira.

Brasília, ____ março de 2017.

Banca examinadora:

Danilo Porfírio de Castro Vieira
Orientador

Julio Cesar Lerias Ribeiro

José Rossini Campos do Couto Correa

Dedico esse trabalho ao meu amor Fabiano, que Deus formou e transformou em meu amado por toda a vida, pela paciência e carinho ao longo dessa caminhada; à minha mãe amada que mesmo não estando aqui, com sua lembrança me motivou nos momentos mais difíceis; aos meus filhos João Pedro, Fabiano e Maria Clara, a Deus de modo muito especial por ser a razão do meu existir.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao meu Orientador Danilo Porfírio de Castro Vieira, pela sua disponibilidade, apoio e dedicação ao longo dessa caminhada.

Agradeço ao meu professor Cristiano Monteiro de Souza que me despertou para a temática do meu trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa tem por finalidade fazer uma análise sobre a inconstitucionalidade da imposição do regime obrigatório de bens às pessoas com mais de 70 (setenta) anos trazida pelo artigo 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, destacando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial da corrente majoritária e minoritária acerca da temática. Para tal, são apresentadas as mudanças na teoria da incapacidade advindas em razão da vigência do Estatuto do Deficiente a partir de 2016. Oportunamente, faz-se o comparativo da autonomia adquirida pelo deficiente com a limitação de autonomia sofrida pelo idoso em razão da impossibilidade jurídica de escolha do regime de bens de seu matrimônio, condição que fere diretamente princípios constitucionais basilares como o do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, conclui pela urgente e premente necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade trazida pelo artigo 1641, II o Código Civil de 2002.

Palavras-Chave: Civil. Autonomia da Vontade. Inconstitucionalidade. Regime Obrigatório de Bens. Capacidade Civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DA CAPACIDADE CIVIL	9
1.1 Da Pessoa de Direito	9
1.2 Definição de Capacidade	10
1.3 Condições Tradicionais de Constituição da Capacidade	12
1.4 Da Incapacidade no Código Civil anterior a Lei 13.146/2015	15
<i>1.4.1 Da incapacidade absoluta</i>	16
<i>1.4.2 Da incapacidade relativa</i>	18
1.5 O Paradigma apresentado pelo Estatuto do Deficiente na Lei 13.146/2015	19
1.6 O Estatuto do Deficiente e as mudanças na Teoria da Incapacidade Civil	21
1.7 Paralelo entre a Autonomia da Pessoa Deficiente trazida pela lei 13.146/15 e a autonomia dada ao Septuagenário	26
2 DO REGIME DE SEPARAÇÃO COMPULSÓRIA AO SEPTUAGENÁRIO	32
2.1 Da incidência da Súmula 377 do STF no regime obrigatório de bens	33
2.2 Corrente majoritária e contrária à imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos	34
2.3 Corrente minoritária e favorável à imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos	36
2.4 Da Vulnerabilidade do Idoso	37
<i>2.4.1 Proteção a Luz do Estatuto do Idoso</i>	38
2.5 Princípios constitucionais e o Direito do Idoso	40
<i>2.5.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	41
<i>2.5.2 Princípio da Igualdade</i>	42
<i>2.5.3 Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal</i>	43
<i>2.5.4 Direito a Liberdade</i>	44
3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS DO REGIME OBRIGATORIO DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS	46
3.1 Jurisprudência Minoritária e Favorável a Imposição do Regime Obrigatório de bens aos Maiores de 70 anos	46
<i>3.1.1 Apelação Cível n.º 70040404667</i>	46
<i>3.1.2 Agravo de Instrumento n.º 70056019730</i>	47
3.2 Jurisprudência Majoritária e Contrária a Imposição do Regime Obrigatório de bens aos Maiores de 70 anos	48
<i>3.2.1 Apelação Cível n.º 1.0024.12.255352-2/001</i>	48
<i>3.2.2 Apelação Cível n.º 1.0491.04.911594-3/001</i>	50
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia possui como tema central a inconstitucionalidade da imposição do regime obrigatório de bens às pessoas com mais de 70 (setenta) anos trazida pelo artigo 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, por essencialmente ferir os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da liberdade individual.

Dar ao idoso a oportunidade de livremente fazer a escolha quanto ao regime de bens ao qual seu casamento será regido é de extrema relevância, por se tratar de pessoa capaz de gerir sua vida, cuja idade vista de forma isolada deveria deixar de ser critério para limitar a sua plena capacidade. É relevante, no aspecto jurídico, já que a permanência da obrigatoriedade do regime de bens ao septuagenário é uma desconsideração aos direitos do idoso e às garantias constitucionais conquistadas ao longo de décadas de nossa terra democrática.

A hipótese deste trabalho é demonstrar a inconstitucionalidade do disposto no artigo 1641, inciso II, do Código Civil por meio do que defendem a corrente doutrinária majoritária, outras normas infraconstitucionais e argumentos jurisprudenciais, a serem apresentados ao longo dos seguintes capítulos desta monografia.

No primeiro capítulo será estudado o instituto da capacidade, trazendo o entendimento doutrinário quanto à acepção da palavra capacidade, a subdivisão entre capacidade de fato e capacidade de direito e a teoria da incapacidade no Código Civil antecedente ao Estatuto do Deficiente. Serão ainda abordados o fator motivador da criação do Estatuto do Deficiente e os objetivos da referida lei quanto aos portadores de deficiência. Serão explicitadas as mudanças significativas recentes no campo da teoria da incapacidade com o advento da lei 13146/15. Por fim, será feito um paralelo entre a autonomia do deficiente com a nova teoria da incapacidade e a limitação do idoso em exercer livremente o sua autonomia.

Já no segundo capítulo será abordado o regime obrigatório de bens aos septuagenários e o entendimento das correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à constitucionalidade do artigo 1641, inciso II, do Código Civil. Para tanto, serão também

revisitos o conceito de vulnerabilidade do idoso, a criação de leis de proteção ao idoso e os princípios constitucionais que regem os direitos deste.

Em seguida, o terceiro capítulo apresentará o entendimento jurisprudencial nas decisões favoráveis e contrárias acerca da imposição do regime de bens aos maiores de 70 anos, com o objetivo de lançar luz ao debate atual a respeito da inconstitucionalidade da norma supramencionada.

A metodologia aplicada neste trabalho monográfico é essencialmente bibliográfica, com estudos feitos na doutrina pertinente ao tema em questão.

1 DA CAPACIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002 trata da personalidade e da capacidade das pessoas naturais no seu primeiro capítulo.

A personalidade possui alguns atributos, são elementos que a caracterizam. Entre eles estão essencialmente, o nome e também a capacidade. A ideia de personalidade está diretamente ligada à capacidade. A Capacidade é algo essencial a cada pessoa para que possa ser considerado sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações. As pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, são sujeitos dos chamados direitos subjetivos.¹

Nesse sentido do reconhecimento do ser humano como sujeito de relações jurídicas disciplina Pereira:

“Como o ser humano é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que toda pessoa é dotada de personalidade. Mas não se diz que somente a pessoa, individualmente considerada, tem essa aptidão.”²

O ordenamento Civil “elegu os seres humanos, as pessoas naturais e jurídicas, como potenciais titulares das relações jurídicas, dando a elas aptidão genérica para a prática da vida civil”.³

1.1 Da Pessoa de Direito

O código civil trata, no seu livro I, a pessoa como sujeito de direitos. Monteiro conceitua a respeito da pessoa sujeito de direitos:

“O primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou a pessoa, sem o qual ou sem a qual não pode existir o direito. De fato inadmissível é a existência da faculdade ou poder sem sujeito.”⁴

Ainda no tocante a acepção da palavra pessoa, Rizzardo conceitua:

¹ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 111.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 326.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 326. v. 1.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

“Na concepção tradicional, corresponde ao ser humano dotado de razão, de inteligência, com capacidade de entender, de portar-se segundo uma lógica e de submeter a si os demais seres do universo. Na órbita jurídica, considera-se o ente físico apto a ter direitos e obrigações.”⁵

Farias lembra que a princípio, poder-se ia dizer que pessoa é toda criatura humana, contudo, não estaria correta a ideia uma vez que excluiria os entes morais, que se tratam das pessoas jurídicas.⁶ Farias define o vocábulo de pessoa:

“O vocábulo pessoa comporta diferentes signos. Tem um significado vulgar – reportando-se ao ser humano – e outro jurídico, mais amplo, agasalhando, além das pessoas humanas, também as pessoas jurídicas. No ponto, é relevante apresentar uma advertência: o conceito jurídico de pessoa não se confunde com a situação antropológica, filosófica, biológica, psicológica. A ciência jurídica parte de uma premissa distinta, estabelecendo como ponto fundante o referencial de que a pessoa é o sujeito de direito, aquele que pode titularizar relações jurídicas.”⁷

Flores destaca que as pessoas jurídicas tratam-se na verdade de uma projeção da pessoa humana, uma vez que toda a atividade que gira em torno dela tem por objetivo atender as necessidades do próprio homem.⁸

1.2 Definição de Capacidade

A capacidade das pessoas naturais e a personalidade são tratadas pelo Código Civil no capítulo I.

O nosso ordenamento dispõe no artigo 1º do Código Civil⁹ sobre capacidade de direitos e deveres da pessoa na ordem civil. A capacidade sendo entendida em seu sentido lato traz o significado quanto à idoneidade para adquirir direitos e ainda a possibilidade na sua

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123. v. 1.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 169. v. 1.

⁷ Ibidem, p. 169.

⁸ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 194. v. 1.

⁹ Art. 1. Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

forma jurídica que o homem tem de apropriar-se de direitos e também de adquirir obrigações.¹⁰

Partindo-se da ideia de que toda pessoa é capaz tanto de direito quanto de deveres na vida civil, vale destacar que o artigo 1º do Código Civil traz um preceito de igualdade, visto que não apresenta restrições e ainda é extensivo aos estrangeiros tomando por base a amplitude do que vem expresso no caput do artigo 5º¹¹ da CF/88, uma vez que traz de forma clara o tratamento igualitário.¹²

Abaixo estão os conceitos de capacidade sob a ótica de diversos doutrinadores.

Quanto ao termo em si, Fiuza define o que é a capacidade:

“Capacidade é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações. Esta aptidão pode ser mero potencial ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de direito [...] Se for efetivo teremos a capacidade geral ou plena.”¹³

Farias entende a capacidade como uma espécie de medida jurídica da personalidade. Nesse sentido dispõe:

“A capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelo incapaz.”¹⁴

Nader faz uma distinção entre os conceitos de personalidade jurídica e capacidade jurídica:

¹⁰ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil**: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 189. v. 1.

¹¹ 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 [...].

¹² NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 161.

¹³ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 111.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 326. v. 1.

“Não se confundem os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. Impõe-se a distinção, pois enquanto o conceito de personalidade jurídica é absoluto, uma vez que dela ninguém possui graus, a capacidade jurídica é relativa, pois comporta uma variação. Assim, os estrangeiros possuem personalidade jurídica perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, Por exemplo, ocupar cargos públicos, quando privativos de brasileiros.”¹⁵

Caio Mário da Silva Pereira, disciplina que “aliada à ideia de personalidade, a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição de direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente ou por intermédio de outrem”.¹⁶ Segundo Caio Mário a personalidade e a capacidade, são um complemento do outro.

1.3 Condições Tradicionais de Constituição da Capacidade

Segundo o art. 2º do Código Civil “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”¹⁷ Portanto, a lei já resguarda direitos à pessoa antes mesmo do nascimento, tem-se nesse caso o começo da personalidade natural. Segundo Monteiro, a legislação brasileira entende que a personalidade começa do nascimento com vida, mas apesar disso não deixa de garantir direitos ao nascituro.¹⁸

Bublitz e Andrade disciplinam quanto ao momento que se adquire e extingue a capacidade jurídica

“A capacidade jurídica se adquire, em princípio, para as pessoas naturais, com o nascimento e se extingue com a morte, o que denota, de um lado, a identidade entre essa noção e a existência biológica do ser humano, e, de outro, que ela se estende a todos na medida em que inexistente no ordenamento qualquer fundamento para a diferenciação entre as pessoas.”¹⁹

É muito importante destacar que quando nos referimos à capacidade, ela pode ser aplicada juridicamente de duas formas. Pode-se empregá-la no que se refere à capacidade de adquirir direitos, sendo nesse caso conhecida como capacidade de direito, ou

¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 162.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

¹⁷ 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77. v. 1.

¹⁹ ANDRADE, FS de; BUBLITZ, M. Dias. Notas Sobre O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a alteração da curatela e do regime de capacidade. **Revista Jurídica Cesumar**: Mestrado, v. 16, n. 3, p. 707, sept. 2016.

ainda capacidade de gozo, a outra forma é entendida como a capacidade que tem a pessoa de exercer pessoalmente os direitos que ela possui, essa é chamada de capacidade de fato ou também capacidade de exercício.²⁰

Carvalho apresenta de forma simplificada essa distinção que existe entre as capacidades de direito e de fato:

“A capacidade de direito inere necessariamente a toda pessoa, qualquer que seja a sua idade ou seu estado de saúde. A capacidade de fato, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, é que pode sofrer limitação oriunda da idade e do estado de saúde.”²¹

Trata-se de capacidade plena quando se reconhece na pessoa uma integral aptidão, sem qualquer limitação ou exigência especial para praticar os atos da vida civil. A princípio a todas as pessoas é reconhecida esta capacidade plena, contudo, existem casos que apresentam particularidades e nesses casos pode haver supressão ou redução dessa plenitude. Sintetizando, para que o indivíduo satisfaça as suas necessidades e também realize os seus interesses individuais, sempre existirá uma necessidade da prática dos atos civis, quais sejam: contratos de vendas, compras, prestação de serviço, enfim, uma série de negociações. E não existindo qualquer restrição para o pleno exercício dessas atividades, existe então a capacidade plena, contudo, caso haja limitações nesse exercício tem-se então a capacidade limitada, ou ainda conhecida como relativa.²²

Pereira levanta um importante ponto quanto à capacidade genérica:

“A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao ser humano, como sujeito de direitos, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos.”²³

²⁰ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil**: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 188. v. 1.

²¹ CARVALHO, 2011 apud RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181. v. 1.

²² RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181. v. 1.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

Monteiro refere-se da mesma forma quando cita as duas espécies de capacidade, “a de gozo ou de direito e a de exercício ou de fato. Esta pressupõe aquela, mas a primeira pode subsistir independentemente da segunda.”²⁴

Para Farias “A capacidade jurídica plena ou geral é reconhecida a quem dispõe tanto da capacidade de direito quanto da capacidade de fato”²⁵. Sendo assim aquele que é possuidor da plena capacidade jurídica, possui no mundo jurídico a possibilidade de gerir a sua própria vida, ou seja, praticar sozinho, sem ajuda de terceiros os atos da vida civil.

Pereira disciplina quanto a aptidão para o exercício do direito

“Aquele que se acha em pleno exercício de seus direitos é capaz, ou tem a capacidade de fato, de exercício ou de ação; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem a capacidade de fato. [...] Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação.”²⁶

Para que a pessoa não obtenha esse pleno direito de exercer os atos que são próprios da vida civil, ela deve estar de alguma forma impedida, é nesse sentido que existe a subdivisão da capacidade.

Gonçalves disciplina quanto à capacidade plena e a limitada.

“Quem possui as duas espécies de capacidade tem capacidade plena. Quem só ostenta a de direito, tem capacidade limitada e necessita de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade. São, por isso, chamados de “incapazes”. Capacidade não se confunde com legitimação. Esta é a aptidão para a prática de determinados atos jurídicos, uma espécie de capacidade especial exigida em certas situações.”²⁷

A carência de legitimação, a que se refere Gonçalves, implica no impedimento do indivíduo na prática de certos atos jurídicos, sem que sejam eles considerados incapazes, a exemplo disso tem-se o tutor que pode administrar, mas fica proibido de adquirir os bens que são do tutelado, outro caso também está na proibição do

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 77.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 327. v. 1.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224. v. 1.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72. v. 1.

cônjuge de alienar imóveis sem a outorga do outro, salvo o caso da separação absoluta de bens.²⁸

No item abaixo será abordada a teoria das incapacidades e as suas especificidades.

1.4 Da Incapacidade no Código Civil anterior a Lei 13.146/2015

O código Civil de 2002 traz expressa a incapacidade e a subdivide em duas, quais sejam: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. Abaixo serão apresentados os conceitos das mesmas e ainda o rol de pessoas que estavam enquadradas tanto na incapacidade absoluta quanto na relativa na redação anterior à lei 13.146/ 2015.

Segundo disciplina Pereira, alguns indivíduos não apresentam todos os requisitos materiais para exercitarem com autonomia os atos da vida civil. Não são a esses indivíduos, contudo, negados a capacidade de direito, o que a eles é recusado está no campo da autodeterminação, ou seja, limita-se a eles o exercício dos direitos, podem praticar os atos da vida civil, mas condicionado à intervenção de terceiros. O possuidor dessas deficiências no campo jurídico tem como consequência a incapacidade civil.²⁹

Pereira afirma que em regra toda pessoa tem a capacidade de direito:

“Regra é, então, que toda pessoa tem capacidade de direito; mas nem toda tem a de fato. [...] Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e expressamente decorrente de lei, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso também que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de direito, seja de fato.”³⁰

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73. v. 1.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral do direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224. v. 1.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral do direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224. v. 1.

Sendo assim, pode-se concluir que se a pessoa não se encaixa a regra em razão de alguma restrição de ordem legal sobre seu exercício, o direito define essa pessoa como incapaz. Sendo portanto a incapacidade uma exceção.³¹

A incapacidade decorre da limitação no campo da vontade, uma vez que, em virtude dessa limitação, fica a pessoa impedida de externá-la. Os problemas que afetam a capacidade de discernir dos indivíduos podem ser mais ou menos severos. Por esse motivo o ordenamento jurídico estabeleceu dois graus de distinção para capacidade, tendo por medida os níveis de aptidão da vontade que apresenta o incapaz. Essa distinção se estabelece na forma das duas incapacidades, quais sejam: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.³²

1.4.1 Da incapacidade absoluta

O Código Civil de 2002 em seu artigo 3º apresentava a seguinte redação para os absolutamente incapazes:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”³³

Fiuza afirma que “A incapacidade absoluta tem como consequência o simples fato de a pessoa não ter sua vontade levada em consideração. É como se não tivesse vontade própria”.³⁴

Flores destaca três pontos importantes na incapacidade absoluta:

“A incapacidade absoluta alcança todo e qualquer ato jurídico, de tal sorte que o absolutamente incapaz não pode praticar validamente nenhum ato para o qual se exija a presença da vontade [...]; A incapacidade absoluta provoca, no incapaz, um afastamento completo do mundo jurídico [...]; Caso, apesar

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. Saraiva, 2005, p. 168. v. 5.

³² FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 316. v. 1.

³³ Art. 3º. 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

³⁴ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 111.

da vedação legal, o absolutamente incapaz praticar um ato jurídico ele será nulo de pleno direito.”³⁵

Para Diniz haverá a incapacidade absoluta quando ao incapaz houver a proibição de exercício de atos da vida civil, e caso seja violado esse preceito, será nulo o ato por ele praticado, como está expresso no inciso I do artigo 166 do Código Civil.³⁶ Desse modo, embora tenham direitos, não poderão exercê-los de forma direta e pessoal, necessitando assim de representação.³⁷

Stolze faz, contudo, uma ressalva quanto à responsabilidade patrimonial do incapaz:

“Ressalte-se, todavia, que a incapacidade jurídica não é excludente absoluta de responsabilização patrimonial, uma vez que, na forma do art. 928 do CC-02, “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.³⁸

No que se refere à incapacidade absoluta dos menores de 16 anos, Gonçalves faz uma observação.

“O Código Civil de 2002 que o ser humano, até atingir essa idade, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida, e seus negócios, por essa razão deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores [...] Alguns países, como a França, não fazem distinção entre a incapacidade absoluta e relativa, deixando a critério do juiz verificar se o menor já atingiu ou não a idade do discernimento.”³⁹

Quanto à incapacidade absoluta, ela é importante na medida em que visa a proteção da pessoa, é por essa razão que a lei procura se precaver quanto a validade dos atos praticados pelos absolutamente incapazes. Pode-se observar que o desenvolvimento mental do incapaz não se apresenta completamente formado, dessa forma não há como o incapaz decidir

³⁵ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil**: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 317-318. v. 1.

³⁶ Art 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172. v. 5.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 90.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86. v. 1.

de forma conveniente o que é melhor para a sua vida, por isso se dá o enquadramento dessas pessoas a um sistema que tem por objetivo a sua integral proteção.⁴⁰

1.4.2 Da incapacidade relativa

O Código Civil de 2002 em seu artigo 4º apresentava a seguinte redação para os relativamente incapazes:

“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”⁴¹

Gonçalves destaca que, embora sejam consideradas incapazes, as pessoas elencadas no artigo 4º do Código Civil podem praticar os atos da vida civil, mas com restrições, ou seja, devem no momento do ato estar assistidos por seu representante legal e em caso de descumprimento ao que está expresso na lei haverá anulabilidade do ato.⁴² Quanto aos atos que o relativamente incapaz pode praticar sem a assistência do representante legal Gonçalves assim expõe:

“Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art.228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc.”⁴³

No que se refere à validade dos atos jurídicos que são praticados pelo relativamente incapaz, tem-se que os mesmos podem ser anulados. E nesse sentido leciona Farias:

“Repita-se que os atos jurídicos praticados pelos relativamente incapazes são passíveis de anulação (CC, art. 171, I), produzindo efeitos até que lhes

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 181. v. 1.

⁴¹ Art. 4º. 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 93. v. 1.

⁴³ *Ibidem*, p. 94.

sobrevenha decisão judicial (CC, art. 171 e 172), diferentemente dos atos praticados pelos absolutamente incapazes que são nulos de pleno direito.”⁴⁴

No caso dos relativamente incapazes, não se caracteriza uma total falta de discernimento, o que se observa é apenas uma redução do mesmo, sendo assim, estariam eles em uma posição intermediária, entre o que se denomina capacidade plena e a incapacidade absoluta.⁴⁵

1.5 O Paradigma apresentado pelo Estatuto do Deficiente na Lei 13.146/2015

Com o advento do Estatuto do deficiente, Lei 13.146/2015, houve muitas modificações no campo da Teoria da Incapacidade. Todas essas mudanças que ocorreram em especial no Código Civil de 2002, tiveram origem na seara dos direitos humanos, nesse caso partiremos então ao fator desencadeador dessas mudanças.

Diniz traz a origem do ponto motivador para a criação do Estatuto do Deficiente.

“Por influência dos direitos humanos, alguns tratados foram assinados para tutelar o portador de deficiência como: a) Declaração das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas Com Deficiência, de 1975; b) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999; e c) Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em New York, em 2007, ratificados no direito brasileiro, com a promulgação do Decreto n. 6949/2009, tendo status de emenda constitucional (CF, art. 5º, §3º).”⁴⁶

A Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência surgiu com o objetivo de abandonar a ideia de que a deficiência é inerente ao indivíduo, para então dar lugar ao entendimento de que, na realidade, a limitação que sofre o deficiente se dá pelo agravamento dos impedimentos naturais, associados aos obstáculos sociais e ambientais, os quais acabam por excluir ou ainda dificultar a livre e justa participação do indivíduo na

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. p. 341. v. 1.

⁴⁵ FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil**: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 324. v. 1.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

sociedade. Essa compreensão vai de encontro com o lado social da abordagem desses indivíduos e se afasta do modelo meramente clínico.⁴⁷

O modelo médico parte da ideia de que quanto mais funções o nosso corpo exercer e quanto melhor for o funcionamento do nosso sistema motor, mais direitos essas pessoas vão adquirir. Em caso contrário, apresentando o indivíduo um comprometimento físico ou ainda de caráter intelectual, menos direito ele poderá exercer. Já o que retrata o contexto social, traz a tona que a grande maioria das dificuldades que enfrentam essas pessoas é resultado do modo como a sociedade em geral lida com essa limitação de ordem física ou de caráter intelectual de cada indivíduo. Na realidade os processos de discriminação são trazidos pelo próprio meio social, e isso se dá em razão da inabilidade das pessoas de lidar com as limitações de seus pares.⁴⁸

O CDPD⁴⁹ traz expressamente que:

“Os Estados Partes da presente Convenção, [...] b) *Reconhecendo* que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie.”⁵⁰

No sentido de reconhecer o instituto da capacidade à pessoa com deficiência pontua Rosenvald:

“Não se pode mais admitir uma incapacidade legal absoluta que resulte em morte civil da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador. Por mais grave que se pronuncie a patologia, é fundamental que as faculdades residuais da pessoa sejam preservadas, sobremaneira as que digam respeito as suas crenças, valores e

⁴⁷ ANDRADE, FS de; BUBLITZ, M. Dias. Notas Sobre O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a alteração da curatela e do regime de capacidade. **Revista Jurídica Cesumar**: Mestrado, v. 16, n. 3, p. 707, sept. 2016.

⁴⁸ WERNECK, Cláudia. Modelo médico x Modelo social da deficiência. In: Meirelles, Fábio; Ribeiro, Marina Maria. **Manual da mídia legal 3: comunicadores pela saúde**: Escola de Gente. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004. p. 16-20.

⁴⁹ Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. BRASIL. **Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

⁵⁰ Idem. **Decreto Lei nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

afetos, num âmbito condizente com o seu real e concreto quadro psicofísico”.⁵¹

A Lei 13.146/2015 trouxe a pessoa deficiente o direito de poder ocupar seu lugar na sociedade civil e de praticar seus atos de forma integral, contudo, se em virtude de um grau maior de comprometimento o portador de deficiência não puder fazer suas escolhas pessoalmente, será a ele assegurado uma proteção maior do que a dada ao deficiente com capacidade, nesse caso exigindo-se o devido processo legal.⁵²

1.6 O Estatuto do Deficiente e as mudanças na Teoria da Incapacidade Civil

As pessoas com deficiência em função do seu meio social acabam encontrando obstáculos que acarretam a dificuldade de participar de forma plena e efetiva na sociedade de maneira igualitária com as outras pessoas. Ao longo da história, o portador de deficiência sempre encontrou barreiras no que se refere ao fator inclusivo na sociedade, teve seu exercício de direitos limitados e sempre foi vítima de preconceito.⁵³

Menezes destaca a comparação entre a autonomia dada ao indivíduo considerado dentro da “normalidade” e o tratamento dado ao deficiente:

“Em geral, presume-se que os cidadãos adultos dotados de certa “normalidade” tenham esse discernimento e, portanto, a autonomia para decidir sobre assuntos importantes para suas vidas. Eles podem, inclusive, praticar atos acráticos como fumar, praticar esportes radicais, digerir alimentos prejudiciais à saúde etc, sem sofrer a intervenção de terceiros. Mas, quando se trata de um cidadão com alguma deficiência psíquica ou intelectual, emerge a dúvida sobre a sua competência e capacidade para decidir acerca desses mesmos assuntos e, se terceiros podem ou não interferir nesse processo decisório. A proposta da CDPD é a de apostar na autonomia da pessoa com deficiência, em igualdade com as demais.”⁵⁴

⁵¹ ROSENVALD, Nelson. **Em 11 perguntas e respostas**: tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁵² RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da pessoa com deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2016.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁵⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica Civilística**, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Com o Estatuto da pessoa deficiente foi possível trazer a garantia de igualdade a esse grupo de pessoas, dessa forma, impõe-se como regra a plena capacidade desses indivíduos, podendo eles então praticar os seus direitos civis plenamente.⁵⁵

Logo após o Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência entrar em vigor, na data de 02 de Janeiro de 2016, foram notadas consideráveis e importantes mudanças no instituto da incapacidade constante no Código Civil de 2002.

Nesse sentido destaca Tartuce:

“Entre vários comandos que representam notável avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, a nova legislação altera e revoga alguns artigos do Código Civil (arts. 114 a 116), trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, o que repercute diretamente para institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela.”⁵⁶

O Estatuto do Deficiente traz expresso em seu artigo 2º o conceito de pessoa com deficiência:

“Considera-se pessoa com deficiência como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”⁵⁷

No campo do Direito Civil a lei 13.146/15 disserta em seu artigo 6º sobre a deficiência, apontando para o fato de que, possuir o indivíduo uma deficiência não o torna alguém incapaz plenamente, não afetando a sua plena capacidade civil.

“A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e

⁵⁵ VIEGAS, Cláudia Mara de A. R. As alterações da teoria das incapacidades à luz do Estatuto de Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil**, v. 99, p. 9-10. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁵⁶ TARTUCE, Flavio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/08/coluna-migalhas-alteracoes-do-codigo.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁵⁷ Artigo 2º. BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”⁵⁸

Com o Estatuto positivou-se a capacidade civil dos portadores de deficiência como regra, o que motivou uma considerável alteração na redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro. Com essas alterações não se suprimiu a teoria das incapacidades, houve, nesse caso apenas, uma adaptação ao que estava expresso nos princípios da Convenção de Nova Iorque.⁵⁹

Araújo disciplina nesse sentido quanto à capacidade civil do portador de deficiência e ainda especifica os casos especiais.

“Como então a deficiência não é sinônimo de incapacidade e limitação, fenômenos estes produzidos socialmente, consagra o EPCD, a partir de seu art. 84, que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, e somente terá restringido esse exercício de seus direitos por si próprio em situações excepcionais, através da curatela ou do instituto novo da Tomada de Decisão Apoiada. E é bom frisar que nestes dois institutos a intenção será sempre proteger a pessoa com deficiência quando extraordinariamente a mesma estiver em dificuldade, mesmo garantida a igualdade de condições com as demais pessoas, de realizar algum direito.”⁶⁰

A fim de facilitar a compreensão quanto às mudanças na teoria das Incapacidades, a tabela 1 a seguir apresenta um quadro comparativo entre os artigos 3ª e 4ª que foram alterados pela lei nº 13.146/15.

Tabela 1: Quadro comparativo das mudanças nos arts. 3º e 4º do CC/02⁶¹

CÓDIGO CIVIL COM REDAÇÃO ANTERIOR A LEI 13.145/15	CÓDIGO CIVIL COM REDAÇÃO POSTERIOR A LEI 13.145/15
Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:	
I- os menores de dezesseis anos;	• os menores de dezesseis anos

⁵⁸ Artigo 6º. BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁵⁹ CABRA, Lustosa Lídia. Pessoas com deficiências: A capacidade é a Regra!. **Saber Digital**, v. 9, n. 1, p. 79-92, 2016. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2016/5_2016_Saber_Digital.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência-EPCD (Lei 13.146, de 06.07. 2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, v. 962, p. 65-80, 2015.

⁶¹ Art. 3º e 4º. 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

Continuação da tabela 1.

II- os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III- os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.	
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:	
I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III- os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e IV- os pródigos.	I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos II- os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; III- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV- os pródigos.; Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial

Com a mudança no texto do Código Civil, foram excluídos do rol de absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”⁶² e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.⁶³

Nesse sentido Tartuce disciplina acerca da mudança na incapacidade civil:

“Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade.”⁶⁴

No tocante a incapacidade relativa, o texto incluiu as hipóteses citadas, quais sejam:

“São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente,

⁶² Art. 3º inciso II. 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶³ Art. 3º inciso III. Ibidem.

⁶⁴ TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 10, n. 2, jul./ dez. 2016. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/63/65>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

não puderem exprimir sua vontade IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”⁶⁵

Em resumo, somente os menores de 16 anos permaneceram no rol dos absolutamente incapazes.

Em seu capítulo II, o Código Civil trata da capacidade do deficiente mental no momento de contrair matrimônio.

“Art. 1.550. É anulável o casamento: (Vide Lei nº 13.146, de 2015)

[...] § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).”⁶⁶

Outro efeito do Estatuto do deficiente foi a modificação do Código Civil de 2002 no tocante à parte notarial a qual diz respeito à prática dos negócios jurídicos das pessoas que não são interditadas, mas que, de alguma forma apresente uma deficiência mental, nesses casos prezar-se-á pelo reconhecimento da autonomia da vontade do indivíduo. O oficial do cartório não poderá mais, portanto, se recusar a praticar o seu ofício, visto que ele não é pessoa devidamente habilitada para atestar a capacidade de uma pessoa, devendo assim ele atuar normalmente, uma vez que não necessariamente uma pessoa portadora de um transtorno de ordem mental carece de capacidade de discernimento”.⁶⁷

Outro ponto relevante que merece destaque foi a criação do processo que recebeu o nome de tomada de decisão apoiada, o qual se encontra no artigo 1.783 - A do

⁶⁵ 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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades**. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

Código Civil⁶⁸ onde a pessoa possuidora de deficiência fará livremente uma escolha entre duas pessoas que possam apoiá-la nas decisões referentes aos atos da vida civil.⁶⁹

O Estatuto do Deficiente traz de forma clara e objetiva no texto do artigo 84, a necessidade do reconhecimento de igualdade da pessoa deficiente perante a sociedade.

“A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.”⁷⁰

Foram citadas acima algumas mudanças originadas em decorrência da entrada em vigor da lei 13.146/15, todas elas tiveram um fator motivador, que foi trazer ao portador de deficiência uma maior autonomia e real participação na sociedade. Ocasionalmente, portanto mudanças estruturais na teoria das incapacidades, o que repercutiu diretamente na curatela e interdição.⁷¹

1.7 Paralelo entre a Autonomia da Pessoa Deficiente trazida pela lei 13.146/15 e a autonomia dada ao Septuagenário

O Estatuto do Deficiente traz, em seus artigos, instrumentos legais que têm como objetivo proporcionar sob forma de garantias ao portador de deficiência uma série de direitos que na realidade já se apresentavam na Constituição Federal de 1988 constantes no rol das garantias fundamentais. A nova lei vem no sentido de fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse aspecto mais igualdade, mais respeito e ainda autonomia

⁶⁸ Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual **a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.** [...] Grifo nosso.

⁶⁹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades.** 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁷⁰ Art. 84. BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

⁷¹ ANDRADE, FS de; BUBLITZ, M. Dias. Notas Sobre O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a alteração da curatela e do regime de capacidade. **Revista Jurídica Cesumar**: Mestrado, v. 16, n. 3, p. 707, sept. 2016.

individual foram importantes conquistas asseguradas pela lei 13.146/15 e esses ganhos trouxeram ao deficiente quase que na totalidade dos casos a condição de poder exercer pessoalmente suas próprias escolhas no tocante aos atos da vida civil.

Requião destaca a autonomia que o deficiente passou a ter com o estatuto:

“A chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz profundas modificações não apenas à qualificação do estado civil do portador de transtorno mental, mas também a toda a sua lógica protetiva. [...] porque, ao reconhecer a importância de favorecer a autonomia do sujeito portador de transtorno mental, inaugura novo paradigma, que propicia que se torne ele ator da sua própria vida.”⁷²

Essa autonomia advinda da nova lei traz uma nova perspectiva sobre a capacidade civil, visto que traz uma maior valoração a dignidade do deficiente, garantido-o direitos que o possibilitam exercer todos os atos da vida civil de forma autônoma.

Em outra situação estão os septuagenários, com a sua autonomia da vontade limitada, visto que conforme disciplina o Código Civil, devem se sujeitar compulsoriamente, em caso de contrair matrimônio, ao regime obrigatório de bens.

Ulhoa disciplina a respeito da limitação da pessoa idosa em razão da idade:

“A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada na idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses. Se, pressentindo a proximidade do fim, quiser gastar considerável volume de suas reservas patrimoniais em atividades de pura diversão e lazer, poderá fazê-lo sem que os descendentes ou outros eventuais sucessores tenham direito de impedi-la. Não se pode considerar pródigo àquele que, não tendo responsabilidade pelo sustento e educação, de mais ninguém, gasta ludicamente as economias construídas durante a vida.”⁷³

A Legislação brasileira não prevê nenhuma forma de cessar essa capacidade em razão da idade. Sendo assim, a pessoa gozará da sua capacidade civil até o fim da sua vida, se não vier a se enquadrar nos motivos de exceção supramencionados. Essa limitação no exercício da escolha do regime de casamento, determinada pelo Código Civil ao

⁷² REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, p. 1-17, 2016.

⁷³ ULHOA apud MACHADO, Cláudia Maria Linhares. **A capacidade decisória do idoso e a disposição familiar frente ao envelhecimento e a assistência médica**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos_2007_1/claudia_maria.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

septuagenário, atribui a esse indivíduo um tratamento diferente do dado aos demais, constituindo assim atentado ao superprincípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁴

Moraes destaca a respeito desta limitação de regime imposta ao idoso:

“A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais protegidos.”⁷⁵

Sobre essa limitação Menezes faz um paralelo entre a autonomia do deficiente e a do septuagenário:

“Ao instituir a igualdade de condições para que as pessoas com deficiência possam interagir livremente na seara civil, está na interpretação do art.1.641, inciso II e a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória para as pessoas com mais de 70 (setenta) anos. Conquanto o idoso não padeça de qualquer deficiência intelectual ou psíquica, por que se sustentaria essa restrição à sua autonomia? Se as pessoas que têm deficiência psíquica e intelectual não podem sofrer óbice à sua autonomia, sequer pelo tratamento discriminatório dos notários (art.83); também não se sustentará a restrição imposta ao idoso no art.1.641, II, do Código Civil Brasileiro.”⁷⁶

Com o regime obrigatório, retira-se do nubente septuagenário qualquer opção de escolha em relação aos outros regimes. Desse modo, o que se observa é uma clara forma de ofensa à dignidade da pessoa humana frente a essa imposição normativa. Nesse caso suprimindo a autonomia da vontade a que é um dos princípios do regime de bens.⁷⁷

A autonomia adquirida pelo deficiente com o seu estatuto nos leva inevitavelmente a uma indagação: Se hoje temos uma lei que protege a autonomia do

⁷⁴ TAVARES, Silvana Palitot Patrícia. Inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de em razão da idade avançada dos nubentes. **Revista Lexmax**, v. 3, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://ojs.oabpb.org.br/index.php/lexmax/article/view/43>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

⁷⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica Civilística**, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁷⁷ SIMÕES, Fernanda Martins; PINI, Indyanara Cristina. A separação obrigatória de bens no casamento de maiores de 70 anos. **Revista FaaTual**, v. 1, n. 2, p. 41-61, 2015.

deficiente, uma vez que ele é livre para fazer suas escolhas na vida civil, por que uma pessoa com 70 anos, possuidor de toda saúde mental, não pode exercer o seu direito a autonomia da vontade no que tange a relações patrimoniais, com a escolha do regime de bens que melhor lhe convenha. Essa obrigatoriedade acaba por tratar o septuagenário como se fosse incapaz, ainda que de fato não esteja abarcado por nenhuma das hipóteses que trazem a incapacidade civil, somente o obrigando ao regime em virtude de sua idade. A idade somente não impede que a pessoa possa exercer as suas escolhas pessoais na sua vida cotidiana em vários aspectos ligados ao seu lazer, investimento em um patrimônio ou ainda instituir uma família.⁷⁸

Nesse sentido Lôbo, destaca que a circunstancia natural do envelhecimento por si só, não é razão para a supressão ou redução da capacidade.

A idade avançada não é por si deficiência ou enfermidade mental. A pessoa pode viver muito tempo como idosa, sem qualquer comprometimento de sua higidez mental. Todos os órgãos da pessoa, inclusive o cérebro, sofrem mutações com o passar dos anos, reduzindo-se as habilidades antes desenvolvidas. Mas essa circunstância natural não é suficiente para suprimir ou reduzir a capacidade de exercício da pessoa, se permanece nela a faculdade de discernir.⁷⁹

Um contraponto a limitação da capacidade é a alteração trazida pela chamada “PEC da Bengala”. No Supremo Tribunal Federal foi julgada a Ação Penal 470, ação essa que tinha por objetivo fazer a apuração quanto à participação e culpa dos envolvidos em um esquema de compra de votos no congresso, o qual foi apelidado de “Mensalão”, e durante o período do julgamento ocorreu que ministros que atuavam no julgamento da referida ação acabaram tendo que se aposentar obrigatoriamente em razão de terem completado a idade máxima prevista até aquela data na Constituição Federal de 1988, a saber, 70 anos. Em virtude dessa condição de limitação na aposentadoria chamada de expulsória⁸⁰ surgiu uma indagação quanto ao que dispunha a Constituição Federal, ministros aptos à época para o cumprimento do exercício da função foram afastados de seus cargos de maneira

⁷⁸ CAVALCANTI, Amanda Maria de Moraes. **A inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório em razão da idade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-de-bens-obrigatorio-em-razao-da-idade,47509.html>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

⁸⁰ [...] regra, criada por lei em 1946 e incorporada à Constituição Federal de 1988, que obrigava o servidor público federal a aposentar-se aos 70 anos. A “expulsória”, como é conhecida, aplicava-se aos magistrados – juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores – e aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União. LIMA, Francisco Meton Marques. **Aposentadoria aos 70**: crime, castigo ou mera estupidez?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/francisco-lima-aposentadoria-aos-70-crime-castigo-ou-mera-estupidez>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

obrigatória em razão da idade, o que acabou por motivar a EC 88/2015, que fez a alteração de 70 para 75 anos para a idade de aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Contas da União e Tribunais.⁸¹

Lima expõe a questão da limitação da idade na aposentadoria compulsória e ainda traz um importante ponto quanto a economia do Estado na permanência do indivíduo com 70 anos no seu cargo, estando ele apto a cumprir suas funções.

“Simples de entender são os argumentos dos que defendem a alteração de idade. Primeiro, pela questão da longevidade: quando o limite de 70 anos foi fixado, há meio século, a expectativa média de vida do brasileiro não chegava aos 50 anos – bem diferente da atual, que é superior a 72 anos [...] Outro argumento consistente é o da economia. Por que razão o erário deve ser onerado pelo simples fato de que o indivíduo completou 70 anos? Ao aposentá-lo e nomear outro para ocupar sua vaga, o Estado paga duas vezes. Estimativas amplamente divulgadas – e nunca contestadas com números – indicam que a alteração do limite de idade resultará em economia de R\$ 20 bilhões.”⁸²

Levando em consideração a questão da aptidão física e intelectual do indivíduo com 70 anos, Carvalho chama a atenção para o envelhecimento com dignidade desse grupo cada vez maior em nossa sociedade, em razão do crescimento da expectativa de vida.

“[...] o ordenamento jurídico não permite envelhecer com dignidade, mormente face a discriminatória aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, esteja este idoso na mais perfeita saúde e em plena atividade profissional. Ao menos no serviço público, e com a EC 88/2015 que aprovou a PEC da bengala, não se sustenta essa aposentadoria expulsória, ao menos naquelas atividades eminentemente intelectuais, para o melhor aproveitamento de toda a experiência adquirida ao longo de muitos anos por idosos que têm total capacidade física e mental para o trabalho. E isto, tanto na Administração Pública quanto na iniciativa privada.”⁸³

Macêdo destaca a temática da “PEC da bengala” e expõe as regras de aplicação da EC88/2015 inicialmente voltadas somente aos Ministros.

⁸¹ CARVALHO, Marco Cesar de; ALVARENGA, Fabiana Cristina da Silveira. A discriminatória aposentadoria compulsória por idade no Brasil. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 249-280, jul/ dez. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/viewFile/458/pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁸² LIMA, Francisco Meton Marques. **Aposentadoria aos 70: crime, castigo ou mera estupidez?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/francisco-lima-aposentadoria-aos-70-crime-castigo-ou-mera-estupidez>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

⁸³ CARVALHO, op. cit., p. 249-280.

“Ressalve-se que, naquele julgamento, o STF entendeu que as regras da EC 88/2015 quanto à aposentadoria compulsória só se aplicaria aos Ministros do STF, Ministros dos Tribunais Superiores e aos Ministros do Tribunal de Contas da União.”⁸⁴

Em decorrência da PEC 88/2015, houve ainda a edição da Lei Complementar nº 152/2015 que dispõe em seu artigo 2º⁸⁵ sobre a alteração ter validade também aos funcionários públicos.

Cunha faz uma crítica a essa condição, lembrando que pessoas com autoridade para decidirem acerca de temas de extrema importância no nosso país não poderiam escolher hoje seu próprio regime de casamento.⁸⁶

Dias, nesse mesmo sentido, destaca:

“A lei presume, de forma absoluta – presunção jure et de jure – que toda e qualquer pessoa que atingir os 70 anos não pode nem amar e nem ser amado. E, se mesmo assim, algum velho indesejável resolver casar, o casamento não tem qualquer efeito de ordem patrimonial. Assim, renomados empresários, ainda eu com mais de 70 anos, devem sim continuar à testa de grandes impérios e empreendimentos. Mas se resolverem casar, não podem eleger o regime de bens. A lei decreta a incomunicabilidade de tudo o que conseguiram amealhar ao longo de suas vidas. Até do que for adquirido depois do casamento. Sequer é questionado se o cônjuge contribuiu para a sua aquisição. O regime é o da separação legal. Tudo porque é proibido amar.”⁸⁷

No capítulo abaixo serão trazidas as posições doutrinárias favoráveis e contrárias à imposição do regime obrigatório de bens e ainda a vulnerabilidade do idoso frente aos princípios constitucionais.

⁸⁴ MACÊDO, Wendel Alves Sales. Análise jurídica à luz da Adi 5316 da aposentadoria compulsória dos servidores públicos após a Ec 88. **Revista Eletrônica Direito FPB**, v. 2, n. 2, p. 18-28, 2016. Disponível em: <<http://www2.fpb.edu.br/revista/index.php/direitofpb/article/view/180>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

⁸⁵ Art. 2º Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade: I – os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações; II – os membros do Poder Judiciário; III – os membros do Ministério Público; IV – os membros das Defensorias Públicas; V – os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas. Parágrafo único. Aos servidores do Serviço Exterior Brasileiro, regidos pela Lei nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006, o disposto neste artigo será aplicado progressivamente à razão de 1 (um) ano adicional de limite para aposentadoria compulsória ao fim de cada 2 (dois) anos, a partir da vigência desta Lei Complementar, até o limite de 75 (setenta e cinco) anos previsto no caput. Art 2º Lei Complementar nº 152/2015.

⁸⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Mais 10!**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/mais_10.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

2 DO REGIME DE SEPARAÇÃO COMPULSÓRIA AO SEPTUAGENÁRIO

A escolha quanto ao regime de bens que irá gerir o matrimônio, em regra é escolhida livremente pelo casal e é através desse regime que será regida a questão patrimonial na vigência do casamento, e ainda na sua dissolução em razão do divórcio ou na ocorrência da morte de um dos cônjuges. Aos noivos é dada a oportunidade de escolher entre os regimes elencados por lei, e no silêncio da escolha será regido pelo regime de comunhão parcial de bens, contudo, existem casos onde essa vontade será obrigatoriamente suprimida por conta da lei. Conforme o artigo 1641⁸⁸, I, II, e III do Código Civil, em razão da pertinência da temática destaca-se o inciso II, que traz a imposição de regime obrigatório de bens às pessoas maiores de 70 anos.⁸⁹

A imposição do regime de separação total de bens já vem sendo discutida desde o Código Civil de 1916, que trazia disposto em seu artigo 258, II⁹⁰ a diferença entre a obrigatoriedade para o homem cuja idade era de 60 anos e para a mulher que era de 50 anos.⁹¹ Advindo o Código Civil de 2002, o legislador entendeu por bem a permanência da restrição trazendo, contudo, a equivalência na idade de 60 anos tanto para o homem quanto para a mulher, para fins de imposição do regime patrimonial da separação obrigatória de bens. Posteriormente, em 2010, o Código Civil sofreu alteração e teve nova redação inserida pela lei nº 12.344 de 09 de dezembro de 2010, redação essa que trouxe um aumento de 60 para 70 anos na obrigatoriedade da Separação legal de bens aos nubentes, objetivando tal uniformização na idade dos mesmos, em razão do princípio da isonomia. Mesmo tendo sido feita essa nova majoração no limite etário, o legislador manteve o mesmo caráter preconceituoso expresso na norma precedente. O legislador justifica a proteção do patrimônio

⁸⁸ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; **II - da pessoa maior de sessenta anos; 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. Grifo nosso.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 233.

⁹⁰ Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977) Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: I - Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216); II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, e 15.1.1919).

⁹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 598.

dos nubentes nessa fase da vida sob o pretexto de protegê-los, nos casos de uma possível má intenção por parte de alguém mais jovem, do chamado “casamento por interesse”⁹²

2.1 Da incidência da Súmula 377 do STF no regime obrigatório de bens

Diversos debates são levantados acerca do que disciplina a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, assim escrita: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.⁹³ Quanto ao surgimento da súmula, se deu em razão das diversas demandas dos imigrantes que habitavam o Estado do Rio Grande do Sul e a maior parte de São Paulo, uma vez que eram casados sob o regime de separação obrigatória de bens e assim contrastavam com o regime de comunhão universal de bens que imperava no Brasil, sendo assim, com a separação, diversos eram os entendimentos acerca do problema. Para isso, surgiu a súmula 377 com o objetivo de corrigir a distorção observada no enriquecimento dos imigrantes varões, que tinham todos os bens registrados em seu nome, bens esses construídos com a ajuda das suas esposas, as quais, no momento da separação, nada recebiam a título de meação em razão do regime obrigatório de bens. Conclui-se que nesse caso a súmula 377 do STF na prática trouxe o status de letra morta ao regime obrigatório de bens, uma vez que mesmo estando casados sob tal regime, existia a divisão dos aquestos adquiridos de forma onerosa durante o casamento. Quanto ao entendimento doutrinário, uns se posicionam em favor da revogação, por ir de encontro ao que disciplina o artigo 1641, II do Código Civil e outra parte se coloca a favor da permanência da súmula, em razão da proteção do princípio do não enriquecimento ilícito, objetivando-se que se evite o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges.⁹⁴

Quanto à inconstitucionalidade do regime de bens que será abordado abaixo, existem dois posicionamentos quanto à norma que está disposta no artigo 1641, II do Código Civil de 2002, uma corrente majoritária o considera inconstitucional, por entender que o dispositivo fere princípios constitucionais importantes e entendem ser também uma forma de discriminação, uma vez que levar em consideração somente o patamar etário, é dar status de incapacidade a essas pessoas, visto que elas têm o seu direito cerceado quanto à escolha do

⁹² MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 247.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. In: _____. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 15 mar. 2017.

⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 122.

regime de bens que desejam pactuar.⁹⁵ Enquanto que uma corrente minoritária entende tratar-se tal dispositivo de uma proteção ao idoso, uma vez que defendem a vulnerabilidade dos idosos e a sua suscetibilidade a serem enganados por pessoas que tem a intenção de dilapidar o patrimônio que os mesmos construíram ao longo da sua vida. Alegam também que tal intervenção do Estado é no sentido de proteger então os interesses e o patrimônio do idoso.⁹⁶

2.2 Corrente majoritária e contrária à imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos

Favorável à inconstitucionalidade do artigo 1641, II temos doutrinadores como: Maria Helena Diniz, Caio Mario da Silva, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Silvio Rodrigues. Nesse sentido, favorável ao dispositivo, leciona Paulo Lôbo:

“[...] Essa hipótese é atentatória ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz.”⁹⁷

Lôbo entende ser inconstitucional essa imposição legal, e ainda destaca um ponto importante quando lembra que não existe óbice legal para que o cônjuge casado com idade superior a de 70 anos possa fazer em favor do outro uma doação, enquanto que se observe a legítima, isso é possível em decorrência do princípio da livre disposição de bens.⁹⁸

Segundo disciplina Pereira, não há como encontrar uma justificativa razoável, seja ela de ordem econômica ou moral, para que se mantenha essa restrição, uma vez que o receio contra o matrimônio desse grupo de pessoas não tem motivo para que subsista. Se pode haver um matrimônio pautado no interesse econômico nessa faixa de idade, também perfeitamente pode ocorrer em outras faixas etárias. O que ocorre nessa imposição aos idosos é um claro desrespeito aos princípios da dignidade humana e da igualdade.⁹⁹

⁹⁵ MADALENO, 2005 apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**: de acordo com a lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 221.

⁹⁶ MONTEIRO, 2008 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 326. v. 4.

⁹⁸ Ibidem, p. 326.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 225-226. v. 5.

Maia entende que concretamente o que deseja o legislador, não é propriamente tutelar o septuagenário, mas sim proteger todo o patrimônio familiar, sob a alegação de que o objetivo dessa proteção é evitar que nesses casos haja uma dispersão desses bens familiares em favor de terceiros e prejudicando os integrantes da família, uma vez que se fosse realmente a intenção do Estado somente tutelar o idoso, o casamento seria proibido, o que não acontece, visto que casar lhe é permitido, contudo, o que não pode é existir a comunicação de bens.¹⁰⁰

Maria Berenice Dias pontua sobre a limitação de escolha do idoso:

“Trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais a quem desobedece ao conselho legal.”¹⁰¹

Para Dias, de todas as situações que a lei determina o regime obrigatório de bens, a que está prevista no artigo 1641, II do Código Civil é a mais desarrazoada, uma clara ofensa ao Estatuto do Idoso.¹⁰²

No tocante ao desrespeito aos princípios constitucionais, Rosenvald cita Madaleno, que pontua acerca da punição do regime obrigatório de bens aos idosos, e afirma que essa imposição nada mais é do que ignorar princípios basilares do texto Constitucional, como os princípios da igualdade e da liberdade. O que ocorre nessa situação é um atentado a esses princípios que foram inseridos em nosso ordenamento jurídico pela Carta Política de 1988.¹⁰³ Dias, ainda lembra que existe também uma desrespeitosa afronta ao princípio da isonomia, uma vez que a regra de imposição do regime obrigatório não se aplica a união estável. Diante disso, percebe-se um tratamento desigual e injustificável dado ao casamento.¹⁰⁴

Gonçalves cita Chinetalo, que sustenta o mesmo entendimento que os doutrinadores acima citados. Na visão da civilista, não existe qualquer razão do ponto de vista

¹⁰⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 248.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 233.

¹⁰² Ibidem, p. 234.

¹⁰³ MADALENO, 2000 apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**: de acordo com a lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 221.

¹⁰⁴ DIAS, op. cit., p. 235.

científico para essa restrição aos idosos, visto que as pessoas com mais de 70 anos são detentoras de maturidade no campo profissional, pessoal e familiar, nesse caso deveria a elas ser permitido que fizessem suas próprias escolhas. O entendimento de que somente com o passar dos anos essa pessoa terá sua capacidade de raciocínio comprometida é uma forma de discriminação. A capacidade plena mental deve ser analisada caso a caso, não devendo ser presumida por lei por mero capricho do legislador.¹⁰⁵

Diante do exposto, a imposição do regime da separação de bens às pessoas maiores de 70 anos é tida como inconstitucional pela maioria dos autores.

2.3 Corrente minoritária e favorável à imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos

Acerca da corrente minoritária, temos doutrinadores como Regina Beatriz Tavares da Silva, Washington de Barros Monteiro e Silvio de Salvo Venosa, tais doutrinadores entendem que o fato de o Estado interferir na vida particular do indivíduo com mais de 70 anos, trata-se não de um atentado aos princípios constitucionais, mas sim de uma forma de proteção, uma vez que se busca com tal garantia legal uma proteção ao patrimônio construído uma vida inteira por essas pessoas e que pode ser dilapidado no caso de uma possível união que vise apenas interesse patrimonial. Tais afirmações serão abaixo explicitadas.

Monteiro cita Marinho, que justifica a proteção Estatal em relação ao idoso.

“[...] na manutenção do art. 1.641, II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras.”¹⁰⁶

Acompanhando esse mesmo entendimento, quanto à proteção do legislador ao idoso Silvio Rodrigues diz:

“E evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, de pessoas que, pela

¹⁰⁵ CHINELATO, 2002 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: parte especial do direito de família. Editora: Saraiva: 2004. p. 475. v. 1.

¹⁰⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 218.

posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo.”¹⁰⁷

Entendendo também que o dispositivo do Código Civil, traz uma proteção ao idoso dispõe Silvio de Salvo Venosa:

“[...] nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e, quando não mais se consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A idéia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso.”¹⁰⁸

Diante do exposto, apurou-se que a corrente majoritária tem como argumentos basilares a defesa da autonomia da vontade, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto a corrente minoritária, tem-se a defesa da constitucionalidade do regime pelos motivos acima expostos.

2.4 Da Vulnerabilidade do Idoso

A acepção da palavra vulnerabilidade tem origem no latim vulnerable que seria equivalente a ferir e vulnerabilis que se entende por causar lesão. Durante todo século XX, o termo foi exaustivamente usado em leis e tratados como forma de indicar um grupo de pessoas prejudicadas tanto na forma política quanto jurídica, e que careciam de terem sua autonomia e sua integridade moral preservada, sobretudo à luz da dignidade humana.¹⁰⁹

No tocante a vulnerabilidade do idoso tem-se amparo legal importante, tanto na Constituição Federal quanto no próprio Estatuto do Idoso, sendo esses, portanto, dois importantes meios de proteção ao idoso. Abaixo seguem os artigos que expressam o cuidado do legislador com o Idoso.

O artigo 5º da Constituição Federal traz que:

¹⁰⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 143. v. 6.

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6. p. 328.

¹⁰⁹ SALMAZO-SILVA, Henrique et al. Vulnerabilidade na velhice: definição e intervenções no campo da Gerontologia. **Revista Temática Kairós Gerontologia**, v. 15, n. 6, p. 97-116. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/viewFile/17289/12829>>. Acesso em: 21 nov. 16.

“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.”¹¹⁰

Referindo-se a participação do idoso no seu meio social, a Carta Magna trouxe o artigo 230 que diz: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.¹¹¹ Freitas cita Moraes quanto à importância de que o idoso seja respeitado pelas demais pessoas.

“A dignidade da pessoa humana [...] se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”¹¹²

O objetivo principal em uma política para o envelhecimento deve ser a reunião de idosos, convivendo de modo conexo e ativo, devendo-se preservar a autonomia, pelo maior lapso de tempo possível.¹¹³

No tópico abaixo serão explicitados os direitos trazidos pelo Estatuto do Idoso.

2.4.1 Proteção a Luz do Estatuto do Idoso

A Organização Mundial de Saúde fez uma estimativa de que aproximadamente até o ano de 2025 o Brasil será tido como o sexto país com a população mais velha no mundo, com o total aproximado de 34 milhões de idosos no Brasil. Quanto à população idosa mundial destacou que aproximadamente até o ano de 2050 um quinto da

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² MORAES, 2001 apud FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

¹¹³ GUIMARAES, Renato Maia. Proteção e saúde do idoso. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 274-275, jun. 1987. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101987000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 mar. 2017.

população do mundo será constituída por idosos, com um aumento ainda maior nos países desenvolvidos chegando ao total de um terço de idosos.¹¹⁴

Nesse cenário, no tocante a proteção do Idoso, ocorreu, em 04 de janeiro de 1994, um marco importante com a lei 8.842/1994 que trouxe a Política Nacional do Idoso a qual assegurava os direitos sociais, situação essa que criou condições favoráveis à promoção da autonomia e integração, trazendo assim uma efetiva participação do idoso na sociedade. Surgiu ainda o Decreto 4.227 de 13 de maio de 2002, que constituiu o Conselho Nacional do idoso, cuja competência era fiscalizar e avaliar a Política Nacional do Idoso, e em um segundo momento, em janeiro do ano de 2004, passou a vigorar a lei 10.741/2003 que trazia o Estatuto do Idoso, com regras em diversas áreas do direito. Essa mudança trouxe também a consagração da Política Nacional do Idoso.¹¹⁵

O estatuto do idoso teve como base a Constituição Federal de 1988, e teve por objetivo dar aos idosos o seu reconhecimento na sociedade à medida que foram inseridas garantias para que eles pudessem ter sua autonomia e participação efetiva em seu meio social. Essas garantias trazidas pelo Estatuto do Idoso vieram também como uma forma de estabelecer a oportunidade de se levantar um debate acerca do envelhecimento e discutir sobre medidas eficazes para suprir as necessidades dessa parcela da população. O artigo 3º do estatuto traz os direitos adquiridos pelos idosos e dispõe acerca da participação da sociedade na efetivação desses direitos.¹¹⁶

“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.”¹¹⁷

A elaboração do estatuto teve como finalidade inibir o preconceito em virtude da idade, visto que hoje, diante do avanço da medicina, temos um cenário diferente do que víamos a décadas atrás, onde a expectativa de vida era menor. Nesse sentido, destaca

¹¹⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.

¹¹⁵ Ibidem, p. 2.

¹¹⁶ COSTA, Nilson do Rosário et al. Proteção social e pessoa com deficiência no Brasil. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 10, p. 3037-3047, oct. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v17n1/a11v17n1.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.

Braga, que nos anos 70 os septuagenários eram menos de 2% na estrutura do nosso país, diferentemente do que vemos hoje, onde, segundo pesquisas feitas pelo Censo, a estimativa é de que a população de idosos septuagenários já passa de 20%.¹¹⁸

Levando em consideração esse cenário, é importante que se dê a oportunidade da construção de uma nova forma da sociedade perceber e tratar esse grupo de pessoas. É vital que esse idoso também seja inserido no meio social de forma plena, podendo ele exercer a sua autonomia e a sua cidadania e que todas as suas necessidades sejam supridas pela legislação. Bittar traz um destaque aos direitos de personalidade do idoso, disciplinando que esses direitos são inerentes a todos os seres humanos, sendo eles, portanto, direitos naturais, ou seja, são precedentes ao Estado.¹¹⁹

Gonçalves disciplina quanto à causa de limitação da capacidade do idoso, dizendo que embora possa haver a interdição do mesmo, a velhice por si só não é motivo para limitar a capacidade, exceto em casos específicos advindos de doenças que acabem por prejudicar o estado patológico e que lhe gere um comprometimento capaz de impedi-lo de gerir seus negócios e até mesmo cuidar de si próprio. Em casos como esses, a velhice não é o motivo da incapacidade, mas sim o seu estado mental.¹²⁰

A seguir veremos o que expressa a Constituição Federal quanto aos princípios constitucionais e sua aplicabilidade.

2.5 Princípios constitucionais e o Direito do Idoso

No ordenamento brasileiro, podemos citar como um grande avanço, depois da Constituição Federal de 1988, o estabelecimento dos princípios implícitos e explícitos, com essa instituição superou-se o efeito meramente representativo que era dado pela doutrina tradicional. Nesse sentido dispõe Lôbo.

“A eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que pugnavam por sua inserção constitucional e contemplava a resistente concepção do individualismo e do liberalismo jurídico, que repugnavam a intervenção dos poderes públicos nas relações privadas – especialmente as de natureza econômica [...] Sem a mediação concretizadora do Poder Judiciário, os

¹¹⁸ BRAGA, Pérola Melissa. **Direito do idoso**: de acordo com o estatuto do idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 78.

¹¹⁹ BITTAR, Carlos A. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75. v. 1.

princípios não se realizam nem adquirem a plenitude de sua força normativa.”¹²¹

Cármem Lúcia Antunes Rocha destaca a importância que os princípios exercem e defende que servem também inclusive como fiscalizador da constitucionalidade.

“No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem acatando a autonomia e suficiência dos princípios constitucionais como fundamento de arguição de inconstitucionalidade, havendo votos de eminentes Ministros daquela casa que se embasam e se fundamentam exclusivamente nos mesmos”.¹²²

Conceituando acerca dos princípios, Rocha diz que “O Princípio é o Verbo [...]. No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.¹²³ Conclui-se que ainda que os princípios são como balizadores normativos, de onde todas as ideias e as normas derivam.¹²⁴

Lôbo agrupou de forma didática os princípios que são aplicáveis ao Direito de Família da seguinte forma: ele classificou como sendo princípios fundamentais os princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, e classificou como sendo princípios gerais os princípios da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança. Aponta também para o princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade como sendo dois importantes princípios que regem o instituto do casamento e o regime de bens. Diante da importância para o tema serão abordados abaixo esses princípios.¹²⁵

2.5.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal dispõe em seu art. 1º, III:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹²¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57. v. 1.

¹²² ROCHA, 1994 apud GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família**: princípio da dignidade da pessoa humana. Porto alegre: LED, 2003. p. 27.

¹²³ ROCHA, 1994 apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 53.

¹²⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹²⁵ LÔBO, op. cit., p. 60.

III – “a dignidade da pessoa humana.”¹²⁶

Trata-se o princípio da dignidade humana, de um macroprincípio que sustenta os demais princípios os quais são essenciais para o nosso ordenamento jurídico, como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. Assim sendo, é contrário ao nosso ordenamento todo ato que não tenha como fundamento esses princípios. São eles uma conquista constitucional, ou seja, resultado de lutas e avanços na esfera política, na evolução do pensamento e no desenvolvimento no campo das ciências. Foi através dessa noção de dignidade e de indignidade que foi possível a organização e desenvolvimento dos direitos humanos.¹²⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana se constitui como sendo o princípio fundamental que norteia o direito dos idosos, surgindo a partir dele os demais princípios. Esse princípio é o que rege toda a forma de atuação de uma sociedade, sendo ele, portanto, o princípio basilar do qual surgem os outros princípios fundamentais.¹²⁸

Dias ressalta que dada a importância no sentido de promover os direitos humanos, o constituinte de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como sendo um princípio de valor essencial à ordem constitucional.¹²⁹

Os princípios constitucionais e, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, têm uma enorme relevância no âmbito do Direito de Família, e além deles já estão também incorporados ao nosso ordenamento jurídico os chamados “Direitos Fundamentais Dispersos”¹³⁰

2.5.2 Princípio da Igualdade

A igualdade no ensinamento tradicional se divide em três aspectos, quais sejam: a igualdade de direitos, o tratamento uniforme e a vedação da discriminação, dessa forma é expressa a igualdade jurídica. Quando se fala em igualdade de direito conclui-se que deve haver uma só norma que se aplique a todas as pessoas indiscriminadamente. O

¹²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 94.

¹²⁸ FREITAS Junior, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 61.

tratamento igualitário é acentuado pelo direito americano uma vez que, na 14ª Emenda Constitucional Americana, se assegura a todos uma proteção igual pela lei, Tal princípio expressa que o tratamento igual aos casos iguais deve ser observado, ou seja, quando se fala em tratamento igualitário tem-se a ideia de dar a todos a condição de desfrutar dos mesmos direitos. No que se refere à vedação da discriminação, a mesma consiste na proibição da diferença de tratamento que possa resultar em uma situação jurídica inferior, mais restrita ou onerosa somente em razão de características específicas.¹³¹

A igualdade Constitucional é muito mais do que um simples direito, ela é um princípio, o qual serve de diretriz no campo interpretativo para as outras normas constitucionais.¹³²

Quanto ao direito da igualdade Júnior dispõe:

“O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”¹³³

Nesse mesmo sentido, aponta Bulos:

O princípio da igualdade ou isonomia consiste exatamente em tratar indivíduos semelhantes igualmente e os desiguais à proporção em que se desigualam. Nesse sentido consiste a lição aristotélica.¹³⁴

O princípio jurídico da igualdade é, portanto, uma ferramenta para que seja feita justiça e esse princípio tem um papel imprescindível para que haja o equilíbrio diante das situações injustas.

2.5.3 Princípio da Autonomia e da Menor Intervenção Estatal

Quando se fala em intervenção mínima do Estado, pode-se dizer que ela atrela-se diretamente a questão da autonomia privada, a qual avança para muito além do

¹³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

¹³² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 541.

¹³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2011. p. 676.

¹³⁴ BULOS, op. cit., p. 542.

direito somente patrimonial e vem ganhando cada vez mais espaço em questões de relevância acentuada, principalmente no que se refere ao Direito de Família. A aplicabilidade desse princípio traz a discussão dos limites entre o público e o privado.¹³⁵ Dando destaque à autonomia da vontade, Pereira afirma:

“No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna exsurtem disposições que farão com que a sociedade e o Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente.”¹³⁶

A família contemporânea não mais aceita uma intervenção Estatal abusiva, principalmente no que diz respeito à intimidade dos entes. A intervenção Estatal, no que tange à autonomia, deve apenas ter o limite de tutelar a família e trazer-lhe garantias, inclusive no que se refere à manifestação da vontade, não devendo, portanto, o Estado ocupar a figura de um “protetor-repressor”. Com o advento da Constituição de 1988, o que se procurou foi unir essa liberdade do indivíduo à importância da família, tanto para a sociedade quanto para o Estado. Quando se garante através do rol do artigo 5º os direitos e garantias, o que se vê claramente é que em função do que dispõe esse artigo, foi conferido ao núcleo da família a autonomia e ainda assegurou-se a existência da família como um uma célula importante para que se mantenha uma sociedade democrática.¹³⁷ Conclui-se, dessa forma, que a intervenção Estatal deve sempre respeitar a autonomia privada.

2.5.4 *Direito a Liberdade*

O homem, de modo geral, necessita da liberdade para que possa desenvolver suas potencialidades, e se por alguma razão deixar de exercer sua vontade, que seja então somente por proibição da lei, uma vez que, estando ele impedido de realizar sua vontade sem proibição legal estaria sendo cometida uma arbitrariedade.¹³⁸

Quanto à aplicabilidade do princípio da liberdade nas relações familiares, Lôbo dispõe:

¹³⁵ CUNHA, Rodrigo Pereira. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 154.

¹³⁶ Ibidem, p. 155.

¹³⁷ Ibidem, p. 158.

¹³⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 92.

“O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição de bens e administração do patrimônio familiar [...] à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.”¹³⁹

A liberdade deve ser tida como um valor fundamental para o ser humano, em razão disso é imprescindível que se observe o que destaca a constituição Federal quando deixa explícita que ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade.

Esse direito a liberdade deve ser assegurado ao idoso na forma de medidas concretas vindas tanto do Estado quanto da sociedade. O direito a liberdade está incluído no Artigo 10º da lei 8.842/94, a qual declara que o idoso pode dispor de seus bens, ou seja, exercer de forma plena o direito inalienável de liberdade.¹⁴⁰

“Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos: [...] § 1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.”¹⁴¹

Por fim, o princípio da liberdade traz ao indivíduo, respeitados os limites da lei, a possibilidade de conduzir a própria vida da forma que melhor lhe aprouver.

¹³⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

¹⁴⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

3 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS DO REGIME OBRIGATORIO DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS

Depois da abordagem da temática acerca da imposição do regime de bens aos septuagenários se faz necessário apresentar o que disciplina nossos tribunais no tocante ao assunto. Essa análise jurisprudencial tem como intuito demonstrar a inconstitucionalidade da norma disposta no artigo 1641, inciso II do Código Civil.

3.1 Jurisprudências Minoritárias e Favoráveis a Imposição do Regime Obrigatório de bens aos Maiores de 70 anos

Abaixo serão apresentadas algumas decisões que expressam o entendimento da corrente minoritária acerca do regime obrigatório de bens disposto no Código Civil.

3.1.1 *Apelação Cível n.º 70040404667*¹⁴²

“EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. DE SEPARAÇÃO LEGAL (OBRIGATÓRIA) PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. IMPOSSIBILIDADE. NUBENTES MAIORES DE 60 ANOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Havendo nos autos elementos suficientes ao convencimento do juízo, cabe ao julgador decidir pela necessidade ou não de provas além das que acompanham a petição inicial, prerrogativa amparada por lei e que de modo algum configura lesão ao direito das partes. Ademais, tratando-se de matéria exclusivamente de direito, dispensável a dilação probatória. 2. MÉRITO. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial – mas não é este o caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.”¹⁴³

A jurisprudência acima se trata de uma apelação civil interposta em razão da decisão em 1º grau, que impossibilitou a troca do regime de bens do casamento, as partes, a saber: os cônjuges, por discordarem da decisão ingressaram com a referida apelação. O

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70040404667**. Ementa: [...] Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, RS, 04 mar. 2011. DJ de 24.02.2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22929148/apelacao-civel-ac-70040404667-rs-tjrs>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

¹⁴³ Ibidem.

desembargador relator sustentou em seu voto, que não há possibilidade de alteração de regime de bens, do regime obrigatório de bens para o regime de comunhão universal, visto que os mesmos contraíram matrimônio na data de 20/07/2006, ou seja, na vigência do Código Civil que previa à época imposição do regime ao maior de 60 anos. No presente caso o cônjuge varão apresentava a idade de 72 anos e ela a idade de 57 anos na data do casamento, sendo assim a imposição legal cumpriu a regra disposta no Código Civil de 2002. Quanto à possibilidade de alteração, o nobre desembargador cita o Procurador de Justiça Luiz Cláudio V. Coelho, que destaca não ser possível tal alteração, visto que só podem optar por fazer a mudança no regime de bens, aqueles que podem livremente escolhê-lo, o que não é o caso da imposição legal aos maiores de 70 anos. Ademais, lembra o citado promotor, que mesmo que o pedido fosse o de considerar a ampliação da faixa etária advindo da Lei nº. 12.344/2010, que aumentou de 60 para 70 anos a idade para a obrigatoriedade do regime de bens, ainda assim o regime a ser adotado se manteria o mesmo. Dessa forma, o relator negou o provimento à apelação e foi acompanhado pelos demais desembargadores.

3.1.2 Agravo de Instrumento n.º 70056019730¹⁴⁴

“EMENTA:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DO CÔNJUGE. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS APLICADO À ESPÉCIE. Considerando que no momento do casamento o inventariado tinha 65 anos de idade e vigente o Código Civil de 1916, aplica-se à espécie o regime da separação obrigatória de bens. Em se tratando de sucessão, o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação obrigatória de bens não concorre com os descendentes. Inteligência do inciso I do art. 1.829 do CC. Agravo de instrumento desprovido.”¹⁴⁵

A jurisprudência acima se trata de um agravo de instrumento interposto pela viúva, requerendo que fosse habilitada como herdeira no inventário de partilha de bens que foram deixados pelo de cujus, contudo foi indeferido seu pedido na habilitação com herdeira visto que a mesma era casada pelo regime de separação de bens. A Viúva sustenta a vigência trazida pelo artigo 1829, I, do Código Civil, alegando direito sucessório ao cônjuge viúvo nos casos em que se contrai matrimônio pelo regime convencional de bens. De fato tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem direitos de concorrência ao cônjuge supérstite

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70056019730**. Ementa: [...] Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. Rio Grande do Sul, RS, 18.12.2013. DJ de 21.01.2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113571709/agravo-de-instrumento-ai-70056019730-rs>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁴⁵ Ibidem.

nos casos do regime de separação convencional de bens. Contudo, entendeu o desembargador que a agravante casou com o falecido pelo regime da separação total de bens, na data de 30.10.1995. Tendo sido o regime de bens estabelecido em Escritura Pública de Pacto Antenupcial com Separação Convencional de Bens, firmada na data previamente citada. Em seu voto expõe também que não caberia o regime de bens escolhido e nesse sentido indeferiu o pedido, conforme o voto abaixo transcrito:

“Contudo, é inviável aplicar o regime da separação convencional de bens, já que na época o regime a ser aplicado era o da separação obrigatória de bens, ante a idade do cônjuge varão. Celestino, nascido em 10.08.1930, tinha 65 anos de idade quando celebrou o casamento. Na época, o Código Civil de 1916 estabelecia no art. 258 a obrigatoriedade do regime da separação de bens do casamento do maior de 60 (sessenta) anos de idade. Inclusive, tal regra foi mantida no art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, com posterior alteração com o advento da Lei n.12.344/2010, que estabeleceu a obrigatoriedade do regime da separação de bens para pessoa maior de 70 anos de idade. Desta forma, o pacto antenupcial estabelecido pelas partes é ineficaz, devendo ser aplicada a regra do regime da separação obrigatória de bens.”¹⁴⁶

Dessa forma, negou provimento o Des. Jorge Luís Dall'agnol e seu voto foi acompanhando pelos demais desembargadores: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Des.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro. Constituindo assim decisão unânime.

3.2 Jurisprudências Majoritárias e Contrárias a Imposição do Regime Obrigatório de bens aos Maiores de 70 anos

Abaixo serão apresentadas algumas decisões que expressam o entendimento da corrente majoritária acerca do regime obrigatório de bens disposto no Código Civil.

3.2.1 Apelação Cível n.º 1.0024.12.255352-2/001¹⁴⁷

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ABERTURA, REGISTRO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO. CASAMENTO SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SEXAGENÁRIO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. O Código Civil de 1916 não privou o cônjuge senil de estipular uma doação de bens na constância do casamento submetido

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70056019730**. Ementa: [...] Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, RS, 18.12.2013. DJ de 21.01.2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113571709/agravo-de-instrumento-ai-70056019730-rs>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁴⁷ Idem. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001**. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15983108/apelacao-civel-ac-10024122553522001-mg>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

ao regime da separação obrigatória em favor do outro consorte, sendo esta restrição exclusiva ao pacto antenupcial. Não havendo irregularidade formal que invalide o testamento, deve ser confirmada a sentença que determinou a abertura, o registro e o cumprimento do testamento. Recurso conhecido mas não provido. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.255352-2/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE (S): LÚCIA MARIA ROSSI LUZ FRANCO - APELADO (A)(S): MARIA ROSA ARANTES LUZ”.¹⁴⁸

O julgado acima se trata de uma apelação interposta com o objetivo de revisão da sentença que determinou tanto o registro quanto cumprimento do testamento deixado pelo de cujus em favor da cônjuge supérstite. A apelante alegou em seu recurso que na condição de herdeira, ela teria legitimidade para impor tal recurso com objetivo de manter a herança a que tem direito na totalidade. Sua alegação se deu em razão da doação feita por seu pai, em favor da viúva. Sustenta a apelante que tal doação seria nula, visto que o regime de bens que regia seu casamento era o de Separação obrigatória de bens, assim sendo no seu entendimento não fazia à viúva jus a doação e para isso pedia a nulidade do testamento que previa a doação, alegando ser a única herdeira dos bens deixados. A relatora desembargadora faz menção ao fato de que, somente se dá a proibição de doação aos seus consortes no caso de pacto antinupcial. A seguir para melhor compreensão segue transcrito parte do voto da nobre relatora.

“Nota-se, todavia, que nem mesmo o Código Civil de 1916 privou o cônjuge senil de estipular uma doação de bens na constância do casamento submetido ao regime da separação obrigatória em favor do outro consorte, sendo esta restrição exclusiva ao pacto antenupcial, a fim de proteger o senil do matrimônio em troca de vantagem patrimonial.[...] Admitir, nos dias atuais, que o varão de sessenta anos ou a varoa, aos cinquenta, não tenham liberdade jurídica para disporem acerca do patrimônio em razão de uma suposta fragilidade emocional, ou uma presumida incapacidade, seria uma afronta violenta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isso, não apenas porque a capacidade intuitiva não se esvai nesta idade, na qual podem gozar do discernimento em sua plenitude, mas também porque basta a prova de um dos vícios de vontade (seja o erro, o dolo ou a simulação) para se conseguir anular todo e qualquer ato jurídico de disposição dos bens. Trata-se de prova a ser produzida em cada caso concreto, o que garante e salvaguarda o patrimônio dos herdeiros legítimos contra eventual engano do

¹⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001**. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15983108/apelacao-civel-ac-10024122553522001-mg>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

doador/testador senil, afastando a aplicação extensiva, genérica e irrazoável da restrição à liberdade do doador”.¹⁴⁹

Conclui-se nesse caso, portanto, que a desembargadora relatora, depois de feitas todas as considerações acerca da matéria do recurso, entendeu que não há motivos para que se restrinja a doação nos casos do regime obrigatório de bens, sendo assim não reconheceu nenhuma nulidade de ordem formal no ato que fez o testador e diante do exposto determinou que fosse cumprido o testamento. Ainda ressalta que o testador cumpriu o que determina a lei no sentido da proteção quanto à legítima e dispondo, portanto, somente da parte que lhe era disponível. Por fim, confirmou a sentença que determinou o registro e cumprimento do testamento, negando provimento quanto ao recurso de nulidade. Sendo a sua decisão seguida pelos demais desembargadores.

3.2.2 *Apelação Cível n.º 1.0491.04.911594-3/001*¹⁵⁰

EMENTA

“ANULAÇÃO DE DOAÇÃO - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CONJUGÊ SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0491.04.911594-3/001 - COMARCA DE PEDRALVA - APELANTE(S): MARIA DE LOURDES BATISTA FREITAS - APELADO(A)(S): JOSE FERNANDES

¹⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001**. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15983108/apelacao-civel-ac-10024122553522001-mg>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹⁵⁰ Idem. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0491.04.911594-3/001**. Ementa: [...] Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais, MG, 29 mar. 2005. DJ de 29.04.2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9279>. Acesso em: 05 mar. 2017.

DE FREITAS ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE CLAUDIMIR FERNANDES FARIA - RELATORA: EXM^a. SR^a. DES^a. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE¹⁵¹

O julgado acima se trata de uma apelação proposta pelo cônjuge supérstite, contra decisão da sentença que julgou procedente os pedidos feitos pela inicial, pelo espólio do de cujus sendo representado por seu inventariante, por considerar nulas as doações que foram feitas em prol da apelante pelo cônjuge em vida.

Em seu voto a relatora Sr^a Des^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, dá provimento ao que levanta a apelante declarando, portanto, a validade das doações feitas, fazendo somente a ressalva quanto a legítima.

A relatora dispõe em seu voto que somente se justifica a proibição de fazer doação ao seu consorte sendo ele jovem, se o nubente mais velho já não possui mais condições de contrair matrimônio, ficando assim evidente que o único objetivo seria a obtenção de vantagem econômica. Abaixo trecho da sua decisão:

“A aplicação da proibição ao cônjuge, já de tenra idade, de fazer doação ao seu consorte jovem deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. No presente caso, o falecido doador casou-se com a apelante quando tinha 65 (sessenta e cinco) anos, devendo-se presumir que era homem capaz e lúcido, pois cuidava de todos os seus negócios e veio a adoecer e posteriormente falecer muito tempo depois, convivendo maritalmente com a apelante por quase 20 (vinte) anos, tendo sido tais doações feitas seis anos após o enlace, o que demonstra a intenção do apelado de agradecer aquela com quem vinha dividindo a sua vida”.¹⁵²

O Des. Eduardo Andrade, acompanha a relatora em seu voto e ainda cita importante jurisprudência apresentada sob a forma de voto, pelo Des. César Peluso, na data de 18/08/1998 no mesmo sentido:

“Ementa: DOAÇÃO - Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0491.04.911594-3/001**. Ementa: [...] Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais, MG, 29 mar. 2005. DJ de 29.04.2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9279>. Acesso em: 05 mar. 2017.

¹⁵² Ibidem.

Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do artigo 312, c/c o artigo 258, parágrafo único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. CASAMENTO - Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os artigos 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil.”¹⁵³

Como resultado do julgamento: Acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à unanimidade de votos, dando provimento ao mérito.

¹⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 007.512-4/2-00**. Ementa: [...] Relator: Des. César Peluso. São Paulo, SP. DJ de 18.08.1998.

CONCLUSÃO

Tomando por base a temática da inconstitucionalidade do disposto no artigo 1641, II do Código Civil, esse trabalho monográfico procurou apresentar os dois entendimentos a cerca da imposição do regime de bens aos nubentes maiores de 70 anos.

Em um primeiro momento, foi analisada a reforma do instituto da teoria da incapacidade, que foi materialmente modificado pelo estatuto do deficiente. Nesse sentido foi feito um comparativo quanto ao que foi modificado no Código Civil motivados pela autodeterminação e dignidade dos deficientes em poder praticar os atos da vida civil por si só, ou seja, de forma autônoma. Nesse sentido foi feita a comparação quanto ao direito trazido ao deficiente no campo da capacidade e a limitação do idoso quanto a livre opção da escolha do regime de bens que melhor lhe aprouver. Diante do que foi exposto, surgiu um questionamento no que se refere a limitação imposta pelo legislador através do artigo 1641, II do Código Civil. Se não existe em nosso ordenamento jurídico, norma que limite a capacidade e a autodeterminação meramente em razão da idade, por que ao idoso ainda se sustenta a norma supracitada? Uma vez que avaliando o estatuto do deficiente que motivou a mudança da teoria da incapacidade trazida pelo Código Civil, concluiu-se que a prática dos atos da vida civil não pode ser negada a quem possua discernimento para o exercício de sua capacidade plena. Nesse sentido, não parece razoável a suposta proteção Estatal.

Posteriormente foi feita uma análise acerca do que defende a corrente minoritária e favorável à manutenção da norma. Pode-se observar uma preocupação de caráter meramente patrimonial, sob a justificativa de que o septuagenário é mais suscetível a pessoas mal intencionadas, que possam usar o matrimônio como um meio para dissipar o patrimônio que esse indivíduo construiu ao longo de sua vida, e apoiam-se nesse entendimento, sob o argumento de que entendem ser necessária uma intervenção Estatal na vida privada do idoso, tendo como objetivo trazer proteção e segurança a ele, contudo, tal alegação não deve imperar, visto que como foi demonstrado nesse trabalho, essa suposta proteção do Estado nada mais se configura como um atentado direto e explícito aos direitos do idoso e ao princípio da dignidade humana duramente conquistado. Alegar proteção ao patrimônio é algo que não faz sentido, visto que existem outros mecanismos que esse idoso tem de desfazer de seus bens da maneira que melhor lhe aprouver, podemos aqui a título de exemplificação citar o testamento como uma forma legal de doação de seus bens. Ainda mais est arrecedor e triste é

a justificativa quanto à proteção do patrimônio para uma posterior sucessão, sob a alegação de que a família não deve ser preterida em relação a terceiros.

Foi apresentada também a corrente favorável à justificativa pela inconstitucionalidade da norma, que é encabeçada por influentes doutrinadores citados ao longo do trabalho. A exposição do presente trabalho mostrou através do entendimento doutrinário, que a imposição do regime obrigatório de bens ao septuagenário, tem caráter preconceituoso, visto que se refere ao idoso como alguém suscetível ao golpe de terceiros, e tal entendimento nos remete a ideia de que não é possível que esse idoso encontre alguém a quem possa amar e ser amado sem que haja interesse em seu patrimônio.

No campo jurisprudencial foi também demonstrado que a jurisprudência dominante entende por inconstitucional a norma expressa no artigo 1641, II do Código Civil por ferir princípios basilares expressos em nosso ordenamento jurídico.

Como conclusão pessoal, compreendo que a imposição do regime de bens aos septuagenários é uma norma que carrega um preconceito persistente em relação ao idoso, fundamentada por uma suposta proteção do Estado, que de fato só lhe traz limitações injustificáveis, visto que, não há como necessariamente classificar o maior de 70 anos como vulnerável ou suscetível a possíveis mal intencionados, meramente em razão da sua idade, sem considerar sua compreensão de vida.

O que observamos concretamente é que houve um crescimento da população idosa ao longo das últimas décadas em nossa sociedade. Isso se deve ao aumento de qualidade de vida desses indivíduos, resultando em um natural acréscimo na expectativa de vida desse grupo de pessoas. Este fenômeno já é suficiente para justificar a retirada desta obrigatoriedade imposta aos septuagenários, uma vez que eles têm o direito de serem felizes e de desfrutar o que construíram ao longo de sua vida, da maneira que melhor lhes aprouver, sem julgamentos ou rótulos impostos pela família, pela sociedade ou leis arcaicas.

Um ponto essencial para a reflexão quanto a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil é o recém-criado Estatuto do Deficiente, que passou a considerar o deficiente mais sob o ponto de vista social e menos pelo médico. A consequência foi uma reformulação na teoria da incapacidade apresentada no Código Civil de 2002, trazendo assim

uma autonomia maior no campo da capacidade civil, do que aquela que era permitida antes aos deficientes. A meu ver essa mudança tem um caráter justo e humanitário, uma vez que corrige a crueldade de se considerar alguém incapaz em razão de uma limitação que possuía e que não a tornava inábil para responder ou opinar sobre sua própria vida.

Fazendo um comparativo entre a nova teoria da incapacidade civil e a obrigatoriedade do Regime de bens aos septuagenários, e levando em consideração que o Estatuto do Deficiente teve como finalidade trazer ao deficiente igualdade entre estes e o restante da sociedade no que diz respeito ao instituto da capacidade civil, por que aos idosos se justificaria essa limitação quanto à sua autonomia? Entendo que a manutenção da obrigatoriedade do regime de bens a essa classe dos idosos é meramente preconceituosa, inercial e oportunista, dando demasiada importância a critérios puramente patrimoniais e etários. É inadmissível compreender que o septuagenário é capaz civilmente para comprar um imóvel, comprar um carro, viajar sozinho, dirigir, exercer cargos de direção em uma empresa, tomar decisões importantes na política do nosso país, tomar decisões importantes na própria seara da justiça, como é o caso dos ministros da nossa Suprema Corte, entre tantas outras atividades de relevada importância que posso aqui citar, e ao mesmo tempo, para fazer a escolha quanto ao regime de bens que regerá seu casamento, ele é tido como inapto. Não se pode generalizar quando o assunto é a autonomia da vontade. Ao se generalizar, como no caso dessa norma em relação aos maiores de 70 anos, retira-se indiscriminadamente desse grupo seus direitos que lhes são assegurados pela própria Constituição Federal. Não se pode admitir que todo o septuagenário seja equiparado a incapaz, ou seja, colocá-lo em regra na seara da incapacidade. Trata-se de ir na contramão dos avanços obtidos pelas recentes mudanças na Teoria da Incapacidade, na qual a falta de aptidão é a aplicação da exceção e jamais da regra.

Por fim, diante de todo alegado acima e ao longo desse trabalho, não há como divergir do entendimento majoritário tanto jurisprudencial, quanto doutrinário acerca da inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, FS de; BUBLITZ, M. Dias. Notas Sobre O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a alteração da curatela e do regime de capacidade. **Revista Jurídica Cesumar**: Mestrado, v. 16, n. 3, p. 707, sept. 2016.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência-EPCD (Lei 13.146, de 06.07. 2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, v. 962, p. 65-80, 2015.
- BITTAR, Carlos A. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRAGA, Pérola Melissa. **Direito do idoso**: de acordo com o estatuto do idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- _____. **Decreto Lei nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.
- _____. **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/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.
- _____. **Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 22 jan. 2017.
- _____. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.
- _____. **Lei nº 8842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. In: _____. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 007.512-4/2-00**. Ementa: [...] Relator: Des. César Peluso. São Paulo, SP. DJ de 18.08.1998.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70040404667**. Ementa: [...] Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, RS, 04 mar. 2011. DJ de 24.02.2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22929148/apelacao-civel-ac-70040404667-rs-tjrs>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0491.04.911594-3/001**. Ementa: [...] Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Minas Gerais, MG, 29 mar. 2005. DJ de 29.04.2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9279>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.12.255352-2/001**. Ementa: [...] Relatora: Albergária Costa. Minas Gerais, MG, 27 jul. 2013. DJ de 05.07.2013. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15983108/apelacao-civel-ac-10024122553522001-mg>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70056019730**. Ementa: [...] Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Rio Grande do Sul, RS, 18.12.2013. DJ de 21.01.2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113571709/agravo-de-instrumento-ai-70056019730-rs>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRA, Lustosa Lídia. Pessoas com deficiências: A capacidade é a Regra!. **Saber Digital**, v. 9, n. 1, p. 79-92, 2016. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/saber_digital/2016/5_2016_Saber_Digital.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2016.

CARVALHO, Marco Cesar de; ALVARENGA, Fabiana Cristina da Silveira. A discriminatória aposentadoria compulsória por idade no Brasil. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 249-280, jul/ dez. 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/viewFile/458/pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

CAVALCANTI, Amanda Maria de Moraes. **A inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório em razão da idade**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-de-bens-obrigatorio-em-razao-da-idade,47509.html>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

COSTA, Nilson do Rosário et al. Proteção social e pessoa com deficiência no Brasil. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 10, p. 3037-3047, oct. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v17n1/a11v17n1.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2011.

CUNHA, Rodrigo Pereira. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Mais 10!**. Disponível em:
<www.mariaberenice.com.br/mais_10.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, v. 5, n. 2, p. 263-288, maio/ ago. 2016. Disponível em:
<<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. Saraiva, 2005, p. 168. 5v.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**: de acordo com a lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2013. 1v.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil**: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 1v.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de família**: princípio da dignidade da pessoa humana. Porto alegre: LED, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil**: parte especial do direito de família. Editora: Saraiva: 2004. 1v.

_____. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. 1v.

GUIMARAES, Renato Maia. Proteção e saúde do idoso. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 21, n. 3, p. 274-275, jun. 1987. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101987000300014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 mar. 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques. **Aposentadoria aos 70**: crime, castigo ou mera estupidez?. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/francisco-lima-aposentadoria-aos-70-crime-castigo-ou-mera-estupidez>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

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

MACÊDO, Wendel Alves Sales. Análise jurídica à luz da Adi 5316 da aposentadoria compulsória dos servidores públicos após a Ec 88. **Revista Eletrônica Direito FPB**, v. 2, n. 2, p. 18-28, 2016. Disponível em:

<<http://www2.fpb.edu.br/revista/index.php/direitofpb/article/view/180>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

MACHADO, Cláudia Maria Linhares. **A capacidade decisória do idoso e a disposição familiar frente ao envelhecimento e a assistência médica**. Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos/2007_1/claudia_maria.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Eletrônica Civilística**, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em:

<<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1v.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**: direito de família. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 5v.

_____. **Instituições de direito civil**: teoria geral do direito civil. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, p. 1-17, 2016.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades**. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da pessoa com deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 46, p. 58-64, nov. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Parte geral do código civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 1v.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6v.

ROSEVALD, Nelson. **Em 11 perguntas e respostas**: tudo que você precisa para conhecer o estatuto da pessoa com deficiência. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

SALMAZO-SILVA, Henrique et al. Vulnerabilidade na velhice: definição e intervenções no campo da Gerontologia. **Revista Temática Kairós Gerontologia**, v. 15, n. 6, p. 97-116. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/viewFile/17289/12829>>. Acesso em: 21 nov. 16.

SIMÕES, Fernanda Martins; PINI, Indyanara Cristina. A separação obrigatória de bens no casamento de maiores de 70 anos. **Revista FaaTual**, v. 1, n. 2, p. 41-61, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em:

<<http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2015/08/coluna-migalhas-alteracoes-do-codigo.html>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 10, n. 2, jul./ dez. 2016. Disponível em:

<<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/63/65>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

TAVARES, Silvana Palitot Patrícia. Inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de em razão da idade avançada dos nubentes. **Revista Lexmax**, v. 3, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://ojs.oabpb.org.br/index.php/lexmax/article/view/43>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 6v.

VIEGAS, Cláudia Mara de A. R. As alterações da teoria das incapacidades à luz do Estatuto de Pessoa com Deficiência. **Revista Síntese-Direito Civil e Processo Civil**, v. 99, p. 9-10.

Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2099_miolo.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

WERNECK, Cláudia. Modelo médico x Modelo social da deficiência. In: Meirelles, Fábio; Ribeiro, Marina Maria. **Manual da mídia legal 3: comunicadores pela saúde**: Escola de Gente. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004.