

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL LUDOLF CAIADO SARDENBERG

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA
SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS NUBENTES
MAIORES DE 70 ANOS**

VITÓRIA
2022

RAFAEL LUDOLF CAIADO SARDENBERG

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA DE BENS AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

VITÓRIA
2022

RAFAEL LUDOLF CAIADO SARDENBERG

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Componente da Banca Examinadora –
Nome, titulação, assinatura e instituição a
que pertence

Componente da Banca Examinadora
Nome, titulação, assinatura e instituição a
que pertence

Componente da Banca Examinadora –
Nome, titulação, assinatura e instituição a
que pertence

RESUMO

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, estabelece que, em caso de casamento em que um dos nubentes ou ambos se encontrem com idade superior a 70 anos, obriga-se o regime da separação obrigatória de bens. No presente trabalho é demonstrado o objetivo de analisar se o referido dispositivo legal é coerente com o texto Constitucional, uma vez que, se observa a divergência existente na doutrina envolvendo a norma discutida e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, bem como princípios do direito de família e os regimes de bens. Além disso, é tratado sobre as questões da capacidade civil, na medida em que a norma gera uma forma de incapacitação forçada por conta da idade. Desse modo, foi realizado um estudo histórico dos direitos dos idosos, trazendo-se compreensões acerca do Estatuto do Idoso, bem como se trouxe definições dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, adentrando-se ao ponto específico que trata da Inconstitucionalidade do Regime da Separação Obrigatória de Bens para os nubentes maiores de 70 (setenta) anos. Por fim, será utilizado método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, fazendo a análise de jurisprudências, doutrinas e outros.

Palavras-Chave: Direito de Família. Regime de bens. Idosos. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DO CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL.....	7
1.1 DOS DIREITOS DOS IDOSOS	8
1.2 DA CAPACIDADE CIVIL	10
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA	13
2.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	14
2.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	15
2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	17
3 DO CASAMENTO E REGIME DE BENS.....	18
3.2 AUTONOMIA DA VONTADE PARA REALIZAR O CASAMENTO	19
3.3 DO REGIME DE BENS	20
3.3.1 Regime de comunhão parcial de bens	20
3.3.2 Regime de comunhão universal de bens	21
3.3.3 Regime de participação final nos aquestos	22
3.3.4 Regime de separação convencional de bens	23
3.3.5 Regime de separação obrigatória de bens.....	24
4 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS.....	27
4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CAPACIDADE DO MAIOR DE 70 ANOS.....	27
4.2 VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO	29
4.3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE 70 ANOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	34
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

Primeiramente, urge destacar que o Direito de Família é um dos ramos do direito de maior relevância, uma vez que regulamenta os atos e relações da vida civil, protegendo os direitos e obrigações dos indivíduos desde antes de seu nascimento até após a morte. Sendo assim, o presente trabalho versa sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos, observando os princípios do Estado de Direito, garantidores da dignidade humana, de uma sociedade sem preconceitos e da autonomia da vontade.

Dessa forma, surge o questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, uma vez que, esta previsão não se adequa aos preceitos constantes na Constituição Federal de 1988, já que, indiscutivelmente, a celebração do casamento, observando os demais requisitos para a sua constituição, deve ser firmada de maneira livre, em especial quando se trata do regime de bens.

A incomunicabilidade dos bens imposta pelo artigo citado não encontra sustentação constitucional, vez que viola os princípios da igualdade, da liberdade, e da dignidade da pessoa humana. Além disso, o enunciado do dispositivo difere do regramento que regulamenta a capacidade negocial civil, constituindo, portanto, certa contradição no ordenamento jurídico.

O presente estudo foi elaborado a partir de levantamento bibliográfico, em especial nos manuais de Direito Civil, Direito das Famílias e Direito Constitucional. Analisou-se, igualmente, as decisões firmadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca do casamento e união estável de septuagenários.

O tema abordado mostra-se relevada importância nos dias de hoje, onde a população idosa está cada vez mais numerosa, e a expectativa de vida mais longa em virtude dos avanços na medicina e na melhoria da qualidade de vida.

1 DO CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL

Diante da apresentação do contexto e das diretrizes básicas que envolvem a presente problemática, torna-se necessário a exposição de conceitos basilares para o desenvolvimento da pesquisa. Nesse sentido, analisando historicamente os direitos dos idosos, verifica-se que os mesmos não desfrutavam claramente de direitos antes da Constituição Federal de 1988, visto que, as constituições anteriores não regulamentavam o tema com muita relevância, apenas mencionavam superficialmente.

Portanto, notoriamente, era observado uma posição de desfavorecimento aos idosos, na medida em que não se encontravam direitos e garantias que, conforme se compreende junto aos moldes atuais, são necessários à vida, tanto no que se diz à saúde, como no que alega aos aspectos mais subjetivos.

O processo de envelhecimento, não deverá ser analisado utilizando apenas um ponto de vista orgânico, tampouco somente base normativas consequencialistas ou não, porém visualizar sua dimensão histórica e sociocultural, observando que o meio em que se situamos altera firmemente a vida humana. Nesse viés, complementam Machado e Garrafa (2020, p. 90):

É possível notar que no Brasil, a percepção da pessoa idosa a respeito da velhice está atrelada não apenas a qualidade de sua saúde, mas também a aspectos externos, tais como nível de renda, região em que vive, inserção social, diferença de sexo e capacidade funcional para desempenhar atividades diárias. A análise envolve também aspectos internos, tais como a autoestima, autoimagem e a autoaceitação.

Dessa forma, ao longo da construção social, são observadas formas de discriminação enraizadas na sociedade, em razão de estereótipos vinculados à construção social que se faz em relação aos idosos, que ocasionalmente são considerados como um dever financeiro e emocional para as famílias, além de serem considerados como pessoas com baixa competência para tomar decisões acerca de suas próprias vidas.

Porém com a criação da Constituição Federal de 1988, surgiram, de forma significativa, os direitos dos idosos como uma forma de reduzir ou, até mesmo, compensar essa desvalorização da pessoa idosa, fruto do sistema socioeconômico, ou capitalista por assim dizer, haja vista à compreensão de que a pessoa que produz para a sociedade e para o Estado agrega valor a si, enquanto que o indivíduo que não produz nada, é julgado como nada, devendo ser excluído, por assim dizer, da vida social, o que gera danos irreparáveis para a classe como um todo (ALONSO, 2005, n.p.).

1.1 DOS DIREITOS DOS IDOSOS

No que diz respeito aos direitos das pessoas idosas, é evidente que a Constituição Federal de 1988 é considerada como um marco histórico, uma vez que introduziu em seu texto os direitos, normas e princípios fundamentais, tendo como finalidade garantir igualdade, liberdade e uma vida digna para todos cidadãos, até mesmo os idosos.

Para os autores que manifestam opinião acerca deste tema, o princípio basilar garantidor dos direitos dos idosos, é a dignidade da pessoa humana, protegendo e garantindo o respeito, independentemente da idade em que se encontram. Ao tratar do tema, Dias (2016, p. 83), compreende que “atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida”.

E, nas palavras de Maristela Nascimento Indalencio (2007, p. 50):

Os princípios da Cidadania e da dignidade da pessoa humana, portanto, são expressamente incorporados no texto constitucional brasileiro, traduzindo a aceitação, no plano político interno, das diretrizes relativas aos direitos humanos reconhecidas a nível universal (ao menos formalmente). Decorre daí toda uma demanda de prestações positivas pelo Estado, dentro das quais, por evidente, insere-se a proteção da dignidade do idoso, em seus mais diversos aspectos.

Além de mudanças importantes na Constituição de 1988, se ressalta as mudanças na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, que pode se configurar como a maior evolução no âmbito dos direitos da pessoa idosa. Dessa forma, observa-

se uma maior proteção e preocupação do estado perante aos idosos, na medida em que a finalidade é demonstrar clareza quanto aos direitos da pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos, demonstrando os deveres do Estado, da Família e da sociedade com os idosos.

Em diversas culturas o estado de velhice se demonstra como um indício de maturidade e sabedoria, porém não é a realidade da sociedade contemporânea em que vivemos, na qual é amparada por um ideal capitalista, valorizando não o indivíduo, mas o que ele produz. Dessa forma, levando-se em conta este contexto socioeconômico, a pessoa que se encontra em idade já avançada tende a sofrer preconceito por parte da sociedade que o enxerga como hipossuficiente, não cabendo nessa engrenagem mercantil do sistema capitalista. (INDALENCIO, 2007).

Sobre as razões para a criação do estatuto do idoso, ALCÂNTARA (2016, p. 364) afirma que:

A ideia do Estatuto nasce, de certa forma, da crítica em relação à falta de efetividade e não-realização de inúmeras medidas de proteção e ações previstas na Lei que instituiu a Política Nacional do Idoso, Lei 8842/94. A proposta de uma lei que trouxesse uma proteção específica ao grupo de pessoas idosas (grupo social vulnerável) também foi formada a partir da experiência social do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim sendo, de acordo com Indalencio (2007), a Constituição Federal de 1988, demonstrou ser efetivamente superficial as normas de proteção aos vulneráveis, surgindo então a necessidade de realmente garantir esses direitos de forma mais objetiva, determinando claramente o cumprimento mais efetivo desses direitos.

Diante disso, observa-se os artigos 2º e 3º do Estatuto do Idoso, na qual dão relevância aos direitos já assegurados a todos indivíduos pela Constituição Federal, todavia, garantindo maior proteção por parte da sociedade e do Estado para com o idoso, *in verbis*:

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

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Além disso, é interessante a análise do artigo 9º do Estatuto, na qual o legislador confere ao Estado e à sociedade o comprometimento de zelar pelo direito à vida, à saúde, assim como a efetivação de políticas sociais públicas para o seu envelhecimento saudável e digno. E, posteriormente, o artigo 10º da mesma legislação, determina o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, *in verbis*:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:
I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II – opinião e expressão;
III – crença e culto religioso;
IV – prática de esportes e de diversões;
V – participação na vida familiar e comunitária;
VI – participação na vida política, na forma da lei;
VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Em conformidade com o demonstrado, a Lei 10.741/03 tornou-se historicamente importante não só pela sua natureza de combate ao preconceito e à exclusão, porém também por assegurar ao idoso a sua liberdade e autonomia, devendo observar o respeito e a dignidade como pessoa humana, assegurando também ao idoso a autonomia de administrar seus recursos.

1.2 DA CAPACIDADE CIVIL

O Código Civil brasileiro de 2002 traz em seu artigo 3º dispõe acerca da capacidade civil, determinando quem são os absolutamente incapazes. E de modo semelhante, o artigo 4º do mesmo código estabelece que:

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 e os viciados em tóxico;
 III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
 IV - os pródigos.

Observa-se também, o artigo 5º do mesmo Código:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
 I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
 II - pelo casamento;
 III - pelo exercício de emprego público efetivo;
 IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
 V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Demonstrado dessa forma, a redação versa sobre a demonstração do que seja a aquisição de direitos e deveres, sendo a competência para realizar de forma absoluta todos os atos da vida civil, com plena capacidade de realizar negócios jurídicos.

Nessa perspectiva, os artigos tratados só demonstram o momento em que esta capacidade se inicia, não versando sobre um momento em que a mesma cessa. Além disso, é necessário comentar que a terceira idade não pode ser associada há alguma doença, uma vez que, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, disciplinado pela Lei 13.146/2015, deixou claro quando uma pessoa deve ser considerada deficiente ao dizer que:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência 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. Art. [...]
 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.
 § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

Desse modo, não resta dúvidas de ainda que o idoso pudesse ser acusado como incapaz, por estar em situação de improdutividade, o mesmo deve ter os seus direitos preservados. Ademais, no próprio estatuto em seu artigo 6º, fica demonstrado esse pensamento, uma vez afirmado que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável”.

Isso demonstra a desarmonia da norma que obriga o regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, com os demais institutos previstos no Código Civil. Embora não sejam considerados incapazes, aqueles que alcançarem os 70 anos se configuram como desprovidos de sua autonomia nas tomadas de decisões afetas às questões de ordem negocial.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Os princípios gerais de Direito compõem grande parte dos sistemas jurídicos e no Brasil sua garantia tem sido observada reiteradamente diante do movimento de constitucionalização do Direito Civil, e, em especial, do Direito de Família. Nesse sentido, a Carta Magna assegura diversos princípios, muitos deles expressos, outros, envolvidos de certo modo na Constituição, e vários deles dizendo respeito ao Direito de Família.

Com o advento da nova Constituição, trouxe em seus artigos, diversas normas que asseguram a proteção da família, integrando a criança, o adolescente, o jovem, o adulto e o idoso, demonstrando que é dever da família, da sociedade e do Estado, amparar-lhes.

Para Madaleno (2020, p. 122):

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional.

Dessa forma, observa-se que a Constituição Federal de 1988 tem função importantíssima no que se refere ao direito de família, sobretudo através dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB/1988), com a finalidade de resguardar todos os cidadãos independentemente de qualquer fator físico ou etário, da igualdade (art. 5º, CRFB/1988), que se dá por meio da proteção de tratamento isonômico aos cidadãos, sem diferenciação de qualquer natureza, e o princípio da liberdade (art. 5º, CRFB/1988), que afirma a liberdade dos cidadãos para realizar suas escolhas.

Portanto, para as interpretações desses princípios, deve-se adequar ao seu contexto, na qual compreende-se os aspectos normativos e os fáticos, unificado juntamente ao caso concreto, como afirma Adriano Pedra (2017, p. 28):

É importante compreender que toda interpretação ocorre em um determinado contexto, que não pode ser desconsiderado. Em verdade, não há texto sem contexto. A Constituição e a realidade social sempre se buscam.

Assim sendo, é demonstrado a relevância da interpretação dos princípios exibidos nos conteúdos normativos, uma vez que, eleva a importância da análise abrangente do significado técnico-normativo dos termos, na qual, não deverá ser desconectado do contexto fático. Conclui-se que para a interpretação jurídica dos termos, necessariamente deve-se atrelar o conteúdo normativo com os fatos sociais, ainda que os aspectos sociais dos idosos não se apresentem como um contexto preciso.

Nesse sentido, afirmam Machado e Garrafa (2021, p. 97):

A marginalização de pessoas idosas, a promoção de atos de estigma e discriminação, bem como a desvalorização social de tal grupo, caracteriza afronta a seus direitos fundamentais, razão pela qual faz-se necessário exigir que a sociedade adote comportamentos diversos dos atuais, de maneira a respeitar a dignidade das pessoas idosas, sendo dever do Estado garantir meios de atendimento às necessidades básicas de tais cidadãos.

Sendo assim, é de grande relevância a contextualização dos princípios acima citados e o direito constitucional para abordar acerca do direito de família e suas características fundamentais, sendo de suma valia exibir a concepção e aspectos principais, demonstrando sua aplicabilidade.

2.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da dignidade da pessoa humana claramente pode ser considerado um dos mais importantes princípios constitucionais, previstos no nosso ordenamento jurídico conforme artigo 1º, inciso III. Além de que ao comentar sobre Direito de Família, a Constituição Federal em seu artigo 226, §7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Em relação ao conceito, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 95), entendem a dignidade da pessoa humana como sendo:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

Assim, pode-se perceber que a dignidade da pessoa humana é um princípio, não só fundamental ao direito constitucional e sua aplicação, mas, principalmente, para o direito civil, sendo, neste caso, à família e suas regulamentações jurídicas.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230, afirma ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, proporcionando a eles a participação na comunidade, assegurando sua dignidade e bem-estar.

Nesse mesmo sentido, Madaleno (2021, p. 52) adverte que:

O Estado se atribui a responsabilidade de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão; contudo, por absoluta carência de recursos materiais necessários à política de assistência, não está logrando êxito na sua função, devendo ser repensada a proposição de reinserção do idoso na sociedade, como cidadão produtivo e útil, não obstante tenha crescido o número de pessoas entre 54 e 64 anos no mercado formal de trabalho, que cresceu cerca de 30% entre 2010 e 2015, sendo imperioso que idosos deixem de ser considerados pessoas frágeis.

Dessa forma observa-se, que o Direito de Família tem sua estrutura no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo viabiliza seu vínculo com todas as outras normas ainda em veemente harmonia como direito familista, na qual busca assegurar a comunhão plena da vida, na medida de cada integrante da sociedade familiar.

2.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é previsto no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e é tido como um dos fundamentos que sustenta o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que impede qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais.

Na medida em que se adentra ao direito de família, é necessário que se faça a distinção entre a Igualdade Formal e a Igualdade Material. Desse modo, a igualdade em seu aspecto formal, é literalmente a igualdade prevista pela Constituição Federal em seu art. 5º, o qual dispõe que “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 [...]”.

Porém, no que tange a igualdade material, Silva (2012, n.p.) pondera que:

Por algum tempo a igualdade perante a lei foi identificada como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Nesses moldes, a igualdade, em termos concretos, não passava de mera ficção, uma vez que se resumia e se satisfazia com a ideia de igualdade meramente formal.

Se verificou então que nem sempre a mera aplicação da lei tornava-se a igualdade formal eficiente em determinadas situações, uma vez que, em toda sociedade existem grupos sociais favorecidos e desfavorecidos socialmente. Sendo então necessário a criação de procedimentos jurídicos para auxiliar os desfavorecidos e equilibrar esta situação, surgindo-se assim o conceito de igualdade material.

Muito se discute dentro do direito de família, acerca da questão de igualdade entre o homem e a mulher, porém existem outros grupos que, com o advento da Constituição Federal de 1988 obtiveram maior suporte na medida em que se trata de isonomia de tratamento. Sendo no caso dos idosos, classificados no grupo dos vulneráveis. Para Madaleno (2020, p. 145):

O preconceito pela idade e em especial para com os idosos tem representado uma insidiosa e dissimulada forma de abjeta discriminação, de desrespeito para com o valor supremo da dignidade humana. A idade não importa em automática inabilidade da pessoa para o livre exercício dos atos da vida civil, especialmente quando o avanço da medicina de prevenção e os cuidados no saneamento de base têm sido medidas simples e eficazes para o aumento da sobrevida das pessoas, fazendo com que a velhice chegue num tempo mais distante. A pessoa menos jovem precisa ter assegurado o seu espaço público e privado, sendo permanentemente integrada no contexto sociofamiliar, com a imediata eliminação de todas as formas de preconceitos.

Isto posto, verifica-se normas criadas pelo legislador direcionadas às pessoas idosas com a finalidade de assegurar o tratamento isonômico, não dependendo de sua faixa etária. E, como muito bem demonstrado, a idade, por si só, não é capaz de inviabilizar a pessoa de praticar os atos da vida civil, sendo assim não deve existir preconceitos.

2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade, assim como os mencionados acima, demonstra-se um dos mais importantes princípios constitucionais, sendo fundamental ao direito de família. A Constituição Federal de 1988 demonstra a liberdade, dispondo em seu art. 226, §7º que o planejamento familiar é de “livre decisão do casal”. Segundo o entendimento de Madaleno (2020, p. 182):

De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei. Liberdade que precisa respeitar o direito alheio, anotando Célio Silva Costa, porque adiante dessa fronteira haverá abuso, arbitrariedade e prepotência.

Em relação ao princípio da liberdade, está de constituir comunhão plena de vida, pode-se afirmar que trata sobre a livre iniciativa dos indivíduos de constituir família, sendo vedada ao Estado intervenções no que diz respeito à constituição familiar. Este princípio consiste na garantia da vida privada, relacionando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, hoje, tem-se que a autonomia da vontade, quando entendida em sentido amplo, é fundamento para a liberdade enquanto garantia constitucional com fulcro na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, o princípio da liberdade também comporta restrições, inclusive impostas por outros princípios, como exemplo a prisão civil do devedor de alimentos que se torna inadimplente injustificadamente. No entanto, o Código Civil de 2002, seguindo o entendimento da Lei Maior, é claro em definir a liberdade no direito de família, dando ênfase para o que se refere ao patrimônio.

3 DO CASAMENTO E REGIME DE BENS

A definição de casamento sempre proporcionou desentendimentos doutrinários, uma vez que de um lado é defendida sua natureza contratual, já que há o consentimento dos nubentes, e por outro lado a corrente que atribui caráter institucional, uma vez que imperaram no casamento normas de ordem pública.

Nesse sentido, pode-se definir o casamento como ato complexo, conforme Silvio Rodrigues (2009), dependente em parte, é verdade, da autonomia privado dos nubentes, mas complementado com a adesão de noivos ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do matrimônio, este como ato privativo do Estado.

O código civil não define a natureza jurídica do casamento, mas define em seu artigo 1.115 o seu pressuposto, de o matrimônio determinar entre os cônjuges um estado de comunhão plena de vida, sustentado na igualdade de direitos e deveres dos esposos como já consagrado pelo princípio constitucional disposto no artigo 226, §5º da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, pode-se afirmar que a natureza jurídica do casamento civil é de contrato, como gênero de negócio jurídico bilateral, sendo uma espécie de contrato especial do direito de família.

Portanto, do casamento decorrem diversos efeitos para os nubentes, em especial os de natureza patrimonial. E quanto a isto, observa-se grande importância a escolha do regime de bens, este que irá regulamentar as questões relativas ao patrimônio do casal em todos seus aspectos.

3.2 AUTONOMIA DA VONTADE PARA REALIZAR O CASAMENTO

Conforme demonstrado que há liberdade de escolha ao regime de bens pelos nubentes, não há motivo para que o legislador limite essa liberdade em virtude da idade, da maneira como estabeleceu às pessoas maiores de setenta anos.

Desse modo, para Lenza (2012, p. 243):

(...) a autonomia é a expressão em que, refere-se à capacidade das pessoas em realizar as suas tomadas de decisões frente à prática dos seus atos. Considera-se autônomo o indivíduo que consegue expressar a sua vontade, que age conforme suas crenças e valores morais, que possui a faculdade de analisar e se responsabilizar sobre seus atos e as consequências que deles resultarem.

Além disso, Dias (2011, p. 60) explica que:

(...) a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual.

Ademais, a dignidade da pessoa humana está instituída na Constituição de 1988, artigo 1º, III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no qual se fundamenta a República Federativa do Brasil. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana se destaca com maior relevância entre os demais princípios, tornando-se uma diretriz hermenêutica que compõe todo o ordenamento jurídico.

Logo, é forçoso reconhecer que o princípio da autonomia da vontade deve reger o rito solene da celebração do casamento civil. Não se olvide a redação do artigo 1.514 do Código Civil de 2002 que estabelece que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

Assim, entende-se que a função do juiz na celebração do casamento civil é apenas a homologação da vontade das partes/nubentes, o que também se aplica à escolha do

regime de bens, cuja qual deve se motivar e depender, tão somente, da livre escolha dos nubentes, independentemente da idade em que se encontram.

3.3 DO REGIME DE BENS

Primeiramente, denota-se importantíssimo conceituar o regime de bens como sendo o conjunto de diretrizes a ser seguido pelos cônjuges no que diz respeito ao patrimônio. É este regimento que estabelecerá o que vai acontecer com o patrimônio na durabilidade do casamento, do mesmo modo no momento em que encerrar, seja qual for o motivo da interrupção, estará definida a divisão dos bens entre eles. Para Rizzardo (2019, p. 861):

O regime de bens significa o disciplinamento das relações econômicas entre o marido e a mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante sua vigência.

O Código Civil de 2002 prevê os seguintes regimes: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e o de separação de bens. Dessa forma, adentraremos pontualmente no que for necessário para sanar a indagação do presente trabalho.

3.3.1 Regime de comunhão parcial de bens

Este regime dispõe de previsão legal nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil, na qual os nubentes se unem com os bens adquiridos onerosamente durante o casamento, excetuando as hipóteses tratadas no artigo 1.659 do mesmo diploma. Do mesmo modo se dará o regime de comunhão parcial de bens, na medida em que não houver convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, conforme o artigo 1.640 do mesmo código.

O artigo 1.663 disciplina como se dará a administração do patrimônio comum:

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges (BRASIL, 2002).

Para Rodrigues (2009, p. 427), o regime em análise é:

Aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso.

Portanto, observa-se que neste regime existem bens particulares, sendo os antecedentes ao casamento e os bens comuns, decorrentes do vínculo conjugal, recaindo a meação sobre estes, e concorrência sucessória sobre aqueles.

3.3.2 Regime de comunhão universal de bens

É regulado nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil, e a sua adesão demonstra uma constituição de composição patrimonial única. Dessa forma, Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 650) conceitua o aludido regime como:

Aquele em que se comunicam todos os bens atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, do mesmo modo as dívidas posteriores ao casamento, salvo as expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (CC,art. 1.667). Por se tratar de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial.

Porém, os bens previstos no art. 1.668, estão excluídos da comunhão universal de bens, cujas disposições seguem abaixo:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Porém, deve ser ressaltado que a exclusão não se refere sobre os bens resultantes percebidos durante o casamento.

Caso extinta a sociedade conjugal pelo instrumento do divórcio, todos os bens serão partilhados entre os consortes em cotas iguais, com exceção aos bens constantes do artigo 1.668 do Código Civil. Porém, na medida em que a extinção se dê pelo falecimento de um dos cônjuges, não haverá disputa entre o cônjuge sobrevivente e os demais sucessores, uma vez que aquele será somente meeiro.

Assim como ocorre nos demais regimes, configura-se neste a autonomia de vontade do casal, sendo esta autonomia atestada na formulação do pacto antenupcial.

3.3.3 Regime de participação final nos aquestos

No que tange este regime, o mesmo tem previsão nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil, tendo como principal característica ser um regime híbrido, na medida em que segue as regras da separação de bens durante o decorrer do casamento e aplicam-se as regras da comunhão parcial de bens após a dissolução do casamento.

De acordo com o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 655), “cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, à época do rompimento da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, durante o casamento”.

Além disso, cabe ressaltar que a adoção desse regime requer que tenha havido pacto antenupcial. Acerca da dissolução já comentada acima, os arts. 1.683 e 1.684 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário. Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.

Uma vez ocorrendo a dissolução por falecimento de um dos cônjuges, será contemplado o artigo 1.685, do Código Civil, tornando-se meeiro o cônjuge sobrevivente, e sendo cedida a cota parte do extinto aos herdeiros, conforme estabelece a lei.

Por fim, em relação ao presente regime é notável grande número de vantagens sendo observado principalmente a independência que cada consorte tem com a administração de suas posses.

3.3.4 Regime de separação convencional de bens

O regime de separação convencional de bens disciplinado nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002. Ainda que não haja uma redação extensa acerca do regime, o mesmo proporciona grande repercussão no mundo jurídico, especialmente no que se refere ao Direito de Família.

Previamente, cabe ponderar que subsiste a obrigação dos cônjuges em colaborar financeiramente para os gastos do casal, na medida de seus rendimentos e de seus bens. Entretanto, cada cônjuge poderá separar voluntariamente seus bens. Nesse sentido, é de suma importância ressaltar a existência da súmula 377 do STF (BRASIL, 1964), que rege sobre o tema: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Além, disso no momento em que se encontrar a extinção do regime por conta do falecimento de dos cônjuges ou pelo divórcio entende o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no RT 578/67 que: “Se houver eventual contribuição em dinheiro de um dos cônjuges na reconstrução e conservação de imóvel pertencente ao outro, justo se lhe indenizem”. Todavia, o tribunal ressalta a exigência de se demonstrar prova do esforço dos consortes.

No que diz respeito ao regime de separação de bens, cabe salientar que existe a modalidade obrigatória, na qual diferentemente dos outros regimes, a sua configuração ocorre por força de lei, e não pela livre escolha das partes. É nesse sentido que o presente estudo se aprofunda, conforme será observado nas fundamentações seguintes.

3.3.5 Regime de separação obrigatória de bens

Sendo apresentado o regime de separação obrigatória de bens, percebe-se que o mesmo é uma ramificação da separação de bens, comportando-se como instituto de proteção por meio de uma sanção aplicada em alguns casos, limitando a escolha do regime de bens pelo casal.

Este regime é estabelecido pelo artigo 1641 e incisos do Código Civil de 2002, na qual se impõe aos que contraírem na inobservância de causas suspensivas à celebração do casamento, aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos e a todos que dependerem de suprimimento judicial para casar, cujas disposições estão abaixo:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. (BRASIL,2002).

De fato, o regime de separação obrigatória é o mais comentado pelos doutrinadores, estabelecendo duras críticas por parte dos autores. Para Rizzardo (2019, p. 923), a imposição desse regime “era e continuará sendo um tanto controversa, lembrando que coincidem o direito antigo e o atual a respeito. Uns defendem a comunicação dos bens amealhados durante o matrimônio. Outros mostram-se ortodoxamente contra”.

Além disso, conforme o entendimento de Madaleno (2020), impor a incomunicabilidade de bens por conta de que o casamento fora celebrado sem observação das causas suspensivas, ou, pelo fato dos nubentes se acharem em idade superior a 70 (setenta) anos, e ainda mediante a dependência de suprimento judicial, viola diversos princípios constitucionais fundamentais.

Por outro lado, é de entendimento que o legislador ao criar a regra tem por objetivo conceder o resguardo aos que se situam em vulnerabilidade. Dessa forma, é a percepção de Silvio Rodrigues (2004, p. 152):

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

Dessa forma, não se legitimam as limitações de capacidade de agir das pessoas, exclusivamente fundamentado pela idade, presumindo então a falta de capacidade do septuagenário, justificado com proteção da cobiça humana, restringindo sua própria vontade. Além disso, isso ocorre ainda que o cônjuge idoso não fique proibido de dispor livremente de seus bens em outros atos da vida civil, como doar os bens para esposa, uma vez que, não há vedação legal, após a retirada do artigo 312 presente no Código Civil de 1916¹.

¹ Código Civil de 1916, “ Art. 312: Salvo o caso de separação obrigatória de bens, é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (arts. 263, VIII, e 232, II).”

Nesse viés, verifica-se que o legislador não observa a expressão de vontade das partes, uma vez que, insere o punitivo regime legal da separação de bens, quando violado algum dos impedimentos matrimoniais.

4 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS

Neste momento será tratado acerca da constitucionalidade ou não do Regime da Separação de Bens Obrigatório Para Maiores de 70 (setenta) Anos, na medida em que foram utilizados pensamentos doutrinários, disposições legais e jurisprudência sobre o tema.

Dessa forma, no primeiro tópico deste capítulo, será analisado as possíveis ofensas aos princípios constitucionais e a capacidade do idoso, em sequência será discutido sobre possíveis violações ao Estatuto do idoso e por fim, serão demonstrados os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema comentado.

4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CAPACIDADE DO MAIOR DE 70 ANOS

Como já comentado no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos indivíduo a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. De acordo com parte da doutrina, é com clareza que se observa a ofensa aos princípios constitucionais citados, para esse fim, considere o que afirma Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 118) sobre o dispositivo do art. 1.641, inciso II do Código Civil:

A segunda situação prevista na norma é absurda e inconstitucional. A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence. E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros. Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição. Muito pelo contrário. O que **notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.** (grifo nosso)

No mesmo viés continua o pensamento demonstrado por Rolf Madaleno (2021, p. 804):

No tocante à imposição do regime obrigatório da separação de bens pela inconstitucional discriminação da idade, Caramuru Afonso Francisco refere ser **deplorável a manutenção da separação obrigatória de bens por questão de idade dos nubentes**, unificada para setenta anos pela paridade constitucional e pela Lei n. 12.344, de 09 de dezembro de 2010, **constituindo-se em uma afronta ao princípio extremo de respeito à dignidade da pessoa humana**, cujo postulado está consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República. (grifo nosso)

Com base nesse ponto, os referidos autores afirmam que a determinação obrigatória de um regime de bens especialmente por atingir a idade maior de 70 anos é um desprezo concreto ao princípio da igualdade material, uma vez que, esta tem por objetivo igualar os desiguais, violando assim a desigualdade de oportunidades, na medida em que não têm a possibilidade de determinar o regime de bens para o seu casamento.

Ademais, no tocante à capacidade do indivíduo para a prática dos atos da vida civil, já foi demonstrado anteriormente que tal capacidade tem a idade que se origina, entretanto, não se observa o momento em que cessa a capacidade da pessoa em vida. Dessa forma, é contraditório retirar o direito do cidadão de realizar um dos atos da vida civil assim que, o mesmo ultrapasse determinada idade.

No último Código Civil, foi averiguado a mudança proposta para o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, na qual aumentou para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual passa a ser obrigatório o regime da separação de bens. Isso posto, ocorreu em razão apenas da expectativa de vida da população brasileira, Ricardo Fiuza (2004, p. 265) admitia que, mesmo assim, inúmeros juristas seguem considerando inconstitucional impor a adoção obrigatória do regime da separação de bens com o ingresso na chamada terceira idade.

No mesmo viés, afirmam Machado e Garrafa (2021, p. 91):

O modo de viver a velhice tem se modificado ao longo dos anos. O aumento da expectativa de vida permite que as pessoas repensem condições de trabalho, a idade com que pretendem constituir família, bem como realizem atividades de lazer que até pouco tempo eram impensáveis para pessoas com idade superior a 60 anos.

E o tema não fugiu à sensibilidade dos juristas familistas, tanto que na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13.09.2002, sob a coordenação científica do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, foi proposta a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.'

Sendo assim, no que diz respeito à fórmula de punir com adoção obrigatória do regime de separação de bens pessoas que se amam, porém já atingiram mais de 70 (setenta) anos, é curioso a transformação do septuagenário em uma pessoa incapaz de objetivar a vontade perante aos seus bens no casamento, não havendo nenhuma possibilidade de casar ao regime de comunhão parcial.

Por fim, é necessário evidenciar a violação da liberdade perante ao idoso, na medida em que o mesmo tem para solenizar e firmar os contratos que realiza. Logo, ao determinar a escolha do regime de bens do casamento, ocorre a violação ao direito da liberdade do idoso. Para tal, como já demonstrado a doutrina compreende majoritariamente que o casamento civil é um negócio jurídico bilateral, na qual as partes realizam um acordo de vontades. Dessa forma, é inconcebível que os indivíduos sejam impedidos de determinar sobre a divisão do patrimônio do casal.

4.2 VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO

No que tange o Estatuto do Idoso, este que já foi comentado no primeiro capítulo, sendo uma legislação formada com base no princípio da dignidade humana para a proteção integral dos direitos da pessoa com idade superior a 60 anos. É demonstrado clara ofensa aos princípios e regras estabelecidas no mesmo.

Nesse sentido, ser determinado obrigatoriamente a escolha do regime de bens do casamento dos maiores de 70 (setenta) anos, ofende o artigo 2º do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

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

Isto posto, uma vez ser compreendido que o artigo determina que o idoso deverá ter assegurado os mesmos direitos e as mesmas oportunidades perante as pessoas de quaisquer outras idades. Além disso, o mesmo texto afirma a necessidade de se preservar o aperfeiçoamento moral e social do idoso em condições de liberdade e dignidade.

Ainda perante o Estatuto do Idoso, é de relevância observar a disposição transcrita no artigo 10º, ora já mencionado neste estudo, na qual o artigo confere responsabilidade ao Estado e à sociedade de assegurar à pessoa idosa a sua liberdade e a dignidade, como sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais. No mesmo artigo, o § 2º afirma novamente que o respeito se dará na medida em que não ocorre a violação não somente da integridade física, mas também psíquica e moral do idoso, abordando a preservação da autonomia, das ideias e dos objetos pessoais do idoso.

Por fim, observou-se claramente a violação pelo referido artigo do Código Civil às principais normas e princípios abrangentes pelo Estatuto do Idoso, uma vez que a obrigação de determinado regime de bens pela idade em que se encontra é afirmar a invalidez dos maiores de 70 (setenta) anos, configurando-os sem capacidade e liberdade de administrar seus bens.

4.3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE 70 ANOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA

No que se refere a jurisprudência sobre o tema, é nítido que não se pacificou um entendimento comum, no entanto, o artigo ora discutido no estudo contempla o afastamento dos efeitos da Súmula nº 377, firmada pelo STF, prevendo que: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Desta forma, observando ser um assunto recorrente e importante, o STF irá decidir se o regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos e a aplicação dessa regra às uniões estáveis é constitucional. O assunto é objeto de Recurso Extraordinário com Agravo Nº 1.309.642, que teve repercussão geral reconhecida pelo plenário da Corte (Tema 1.236).

A ação originária diz respeito à disputa de inventário na qual questiona o regime de bens a ser aplicado a uma união estável estabelecida na época que um dos cônjuges já tinha mais de 70 anos. Inicialmente, o juízo de primeira instância determinou aplicável o regime geral da comunhão parcial de bens, reconhecendo o direito da companheira para envolver-se na sucessão hereditária junto aos filhos do falecido, fundamentando por tese adotada pelo Supremo de que é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges (RE 646.721).

Por outro lado, o TJ-SP, defende a intenção da lei de proteger a pessoa idosa e seus herdeiros necessários de casamentos realizados por interesses econômicos e patrimoniais. Dessa forma, a companheira busca o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo do Código Civil, aplicando à sua união estável o regime geral da comunhão parcial de bens.

Ademais, sobre o tema, o ministro Luís Roberto Barroso ressaltou a relevância da matéria. Do ponto de vista social, a definição do regime de bens produz impactos diretos na organização da vida da sociedade brasileira. Conforme a disposição da referida

súmula, comunicam-se os bens constituídos na constância do casamento de forma onerosa, acerca dos quais houve esforço de ambos os cônjuges para a sua aquisição.

O ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que o Código Civil, em exceção à autonomia privada, restringiu a liberdade de escolha do regime patrimonial dos cônjuges em diferentes circunstâncias, por exemplo na medida em que o indivíduo ultrapasse os 70 anos, definindo o legislador como inevitável para assegurar proteção a determinadas pessoas ou situações.

No que diz respeito à idade do indivíduo, comentado no inciso II do artigo 1.641, o ministro lembrou que o STJ já reconheceu que a norma se estende à união estável de acordo com o REsp 646.259. Além disso a Seção, em releitura da Súmula 377 do STF, decidiu que, no regime de separação legal, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, ou união estável, desde que comprovado o esforço comum para a sua aquisição, de acordo como EREsp 1.623.858.

De acordo com o magistrado, em 2016, o STJ no mesmo sentido afastou "a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens", de acordo com o REsp 1.318.281, consagrado no Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal.

Conforme o autor Rolf Madeleno (2008, pg.808):

melhor solução sempre seria autorizar a adoção do regime de comunhão limitada de bens, com a divisão dos aquestos, como ordena **a Súmula 377 do STF ao inibir o enriquecimento sem causa e, principalmente, ao deixar de ofender a dignidade da pessoa humana** sem precisar provar o efetivo esforço comum na aquisição onerosa dos bens aquestos, pois devem ser cônjuges e conviventes desfrutarem da liberdade e da autonomia de bem decidirem acerca do destino de seus bens com qualquer idade e presunção de liquidez. (grifo nosso)

Assim, de acordo com o que se extrai das jurisprudências, fica evidente que o comportamento dos magistrados se mantém na ideia de que o regime de bens não pode ser alterado, na circunstância em que um dos cônjuges tenha mais de 70 anos. Entretanto, o STF ainda tenta amenizar um pouco dos efeitos da efetividade da

separação obrigatória, uma vez que, os bens adquiridos na constância do casamento, são comunicáveis, se diferenciando na medida em que não se sustenta a presunção de esforço comum, em relação ao regime de comunhão parcial, além de que na separação obrigatória os bens anteriores ao casamento, não serão herdados pelo cônjuge.

Por fim, coube evidenciado que a decisão do legislador ofende diversos princípios basilares de um Estado de Direito, demonstrando necessário a declaração de inconstitucionalidade do artigo discutido, prevendo sua futura alteração permitindo maior flexibilidade em relação aos regimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como base os inúmeros conceitos apontados no percurso do presente trabalho acadêmico, entende-se que os objetivos estabelecidos foram alcançados. Sendo que foram constatadas violações, não somente ao texto constitucional e seus princípios, mas também ao próprio código civil.

Além disso, outro ponto importante foi a conclusão de que a imposição do regime de separação legal de bens por idade é de certa forma contraditória, na medida em que às questões referentes à capacidade dos atos da vida civil não encontra sustentação no texto legal acerca de sua interrupção por atingir certa idade, salvo se a pessoa for acometida de deficiência, na qual retire sua aptidão e lucidez.

Nesse sentido, foi verificada a ofensa às regras abordadas pelo Estatuto do idoso, na qual não permitem que a pessoa idosa tenha tratamento desigual, bem como prima pelo respeito e pela dignidade do idoso.

Com base nesse ponto, embora esteja planejada possível decisão que possa caminhar nesse sentido, fica evidente a dificuldade de contrariar a regra do artigo 1641, inciso II do CC, na qual a doutrina afirma de forma incisiva o total descabimento da mesma, observando a necessidade urgente de se declarar sua Inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. **Política nacional do idoso: velhas e novas questões**, Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

ALONSO, Fábio Roberto Bárboli. **Envelhecendo com Dignidade: O Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades**. UFF/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Lei 10.741, 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. Lei 13.146, 6 de julho de 2016. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13146&ano=2015&ato=c4aUTW65UNVpWT495>. Acesso em: 01 nov. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009. 343 f. Dissertação (Mestrado em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2007. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2049/1/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>. Acesso em 01 nov. 2022.

MACHADO, Isis Layne de Oliveira; GARRAFA, Volnei. Bioética, o envelhecimento no Brasil e o dever do Estado em garantir o respeito aos direitos fundamentais das pessoas idosas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 21, n. 1, p. 79-106, 26 out. 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1804/544>. Acesso em: 01 nov. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEDRA, Adriano. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família:** volume 6, 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Direito de Família.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 18.15

RODRIGUES; TEIXEIRA. **O Direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo, Atlas, 2010.

SILVA, Nicolas Trindade. **Da igualdade Formal a Igualdade Material.** ambitojuridico.com.br, Paraíba, 01 dez. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-igualdade-formal-a-igualdade-material/>. Acesso em 01 nov. 2022.