

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 se preocupou em tutelar a proteção dos idosos, concretizada pelo Estatuto do Idoso, considerado um importante microsistema jurídico para proteção desse grupo de pessoas. Aliado a esse regramento, encontram-se os princípios inerentes ao ser humano, como a dignidade humana, igualdade, autonomia da vontade e a liberdade. No entanto, o art. 1.641, II do Código Civil de 2002, impôs aos idosos acima de setenta anos, a obrigatoriedade de contrair matrimônio ou união estável, sob o regime da separação obrigatória de bens. O referido dispositivo tem suscitado discussões, principalmente, no âmbito jurídico e familiar, quanto a sua inconstitucionalidade, por existir entendimentos que sua redação viola importantes direitos e garantias inerentes ao indivíduo, como os princípios já citados. Diante das controvérsias apresentadas, o presente artigo centrou-se em analisar se essa imposição de regime de bens aos maiores de setenta anos, deve ser declarada inconstitucional diante da violação de importantes princípios ou se, realmente, representa proteção especial ao idoso.

Palavras-chave: idoso; separação obrigatória de bens; dignidade humana; autonomia da vontade.

1 INTRODUÇÃO

O envelhecimento populacional constitui uma realidade, tanto no país, quanto no mundo. Com isso, o ordenamento jurídico pátrio tem se preocupado em criar regramentos com o objetivo de garantir a esse grupo de pessoas, maior proteção. São regramentos jurídicos que visam atender o disposto na Constituição Federal de 1988 que tem a dignidade humana como cerne do Estado Democrático de Direito.

Alinhado a todo o exposto, o Direito de Família vem se transformando a fim de atender as transformações sociais e humanas que têm impactado diretamente na unidade familiar, trazendo transformações e novos modelos de família.

As legislações infraconstitucionais devem estar em perfeita consonância com os princípios e com a Constituição da República, devendo ser criados com o devido cuidado em não violar a Carta Magna e seus princípios, sob o risco de ter a sua inconstitucionalidade declarada.

Nesse cenário, encontra-se a discussão jurídica quanto a imposição do regime da separação obrigatória de bens, trazido pelo inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002 ao casamento dos maiores de setenta anos, pois, em regra, o casal é livre para escolher o seu regime de bens. De um lado, sua constitucionalidade é defendida por aqueles que acreditam tratar-se de um regramento com vistas a proteger os idosos dos casamentos com base em interesse financeiro. Do outro lado, estão aqueles que entendem pela sua inconstitucionalidade por ser uma norma que viola a Constituição Federal e seus importantes princípios como a dignidade humana, igualdade,

autonomia da vontade e a liberdade, além de criar, uma nova forma de limitação da capacidade civil, uma vez que, não está disposta pelo art. 4º do Código Civil.

Foi nesse contexto, que o objetivo principal deste estudo buscou analisar se essa imposição de regime de bens aos maiores de setenta anos, deve ser declarada inconstitucional diante da violação de importantes princípios ou se, realmente, representa proteção especial ao idoso.

Para alcançar o objetivo principal, outros objetivos foram construídos: estudar as transformações sociais e o impacto no campo do Direito de Família; entender o instituto do casamento e como ocorre a escolha do regime de bens pelo casal no ordenamento jurídico pátrio; a definição da pessoa idosa e analisar os princípios e as legislações inerentes ao tema.

A metodologia utilizada ficou restrita à revisão bibliográfica de importantes doutrinadores, na análise da legislação, no estudo da Súmula nº 377 do STF e na apresentação do importante Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1309642 que irá julgar a inconstitucionalidade ou não, da imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento dos maiores de setenta anos e a extensão dessa aplicação às uniões estáveis. Essa decisão será de repercussão geral.

Esse estudo apresenta-se em caráter interdisciplinar, pois apresenta conhecimentos das áreas do Direito Civil, principalmente, o Direito de Família, o Direito Constitucional ao abordar a constitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002, além da base principiológica.

2 OS PRINCÍPIOS BASILARES PARA O ESTUDO DO TEMA

Os princípios são elementos que fornecem a direção ao legislador na geração das leis, bem como norteiam os aplicadores do Direito diante do caso concreto.

Fiuza e Oliveira (2020), entendem que:

Princípios são, em palavras bem simples, normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico. Informam, portanto, o cientista ou o profissional do Direito. Daí o nome, princípios informadores, porque informam os fundamentos dos quais devemos partir. São gerais porque se aplicam a uma série de hipóteses e são fundantes, na medida em que deles se pode extrair um conjunto de regras, que deles decorrem por lógica (FIUZA; OLIVEIRA, 2020, p. 2).

Em todo o ordenamento jurídico, os princípios se fazem presentes e no âmbito do Direito de Família, demonstram a sustentação necessária para legisladores e aplicadores do Direito.

Diante do tema escolhido, é importante adentrar no estudo dos princípios que norteiam o assunto em questão, pois servirão como base para responder a problemática proposta.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988

A dignidade da pessoa humana é elemento primordial e recebe proteção total no Estado Democrático de Direito.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil estando presente em seu art. 1º, III, de forma que, entre outros, entende-se que, dignificar a pessoa humana é fundamental para se viver em sociedade.

É tratado por muitos doutrinadores como o princípio dos princípios, pois para se estabelecer os demais princípios, todo direito deve ter como base a dignidade da pessoa humana.

Sarlet (2011) corrobora esse entendimento e define o termo, dignidade da pessoa humana.

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 28).

Pedro Lenza (2019, p. 1.772) define o princípio da dignidade da pessoa humana como “fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”.

Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 94), ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, explicam que é de suma importância que o Estado seja uma organização centrada no ser humano, onde o centro do ordenamento seja o ser humano e dignificá-lo seja a base para a criação de toda a legislação. “A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial.”.

Fernandes (2020), renomado constitucionalista brasileiro, corrobora que o princípio da dignidade da pessoa humana, serve como a base para todos os demais direitos fundamentais, pois a legislação criada para uma sociedade onde o homem está contido, é necessário que essa legislação tenha como base, dignificá-lo a fim de que garanta proteção a sua humanidade.

[...] a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88) é erigida à condição de meta-princípio. Por isso mesmo, esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. (FERNANDES, 2020, p. 347).

Assim, para os teóricos do Direito Constitucional contemporâneo, direitos como a vida, propriedade privada, a liberdade, a igualdade, dentre outros, apenas podem ter compreendidos em sua dimensão, se forem observados, tendo como eíge, o princípio da dignidade da pessoa humana. Muitos teóricos veem a dignidade como

um super princípio, como um princípio que tem uma importância maior, olhando de uma forma hierárquica, servindo como elemento imprescindível para o Direito e a moral.

2.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade não está somente no art. 5º, *caput* da Constituição da República de 1988. Encontra-se também, no art. 3º, incisos III e IV, dos objetivos fundamentais. Presente também no art. 5º, inciso I da Constituição da República de 1988, no qual consta expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988), deixando clara a ideia de que, o sexo não será motivo para que se desigale o homem da mulher. Entre outras manifestações no texto constitucional, o princípio da igualdade é de grande importância para que a estrutura normativa não crie distinções entre as pessoas.

Ruy Barbosa (1959) já dizia que os seres humanos apesar de iguais na essência, têm particularidades que os diferenciam, motivo pelo qual devem ser tratados de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida de suas desigualdades.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 1959, p. 22).

Diante da imensa subjetividade que marca a sociedade, fez-se necessário elaborar instrumentos jurídicos capazes de promover o equilíbrio, de forma que os desiguais possam ter oportunidades para se igualar aos demais.

2.2.1 Igualdade material e igualdade formal

A igualdade formal, mais conhecida como, igualdade perante a lei, é aquela que está prevista no art. 5º, *caput* da Constituição da República. Essa espécie de igualdade, diz que os titulares dos direitos fundamentais, como previstos na Constituição, devem receber por parte do Poder Público, o mesmo tratamento independentemente das condições financeiras, de saúde, de classe. A igualdade material, tem o objetivo de complementar o conceito incompleto do que é igualdade descrito pela igualdade formal, também conhecida por igualdade real ou substancial. Tem o objetivo de estabelecer um nivelamento social de forma que todas as pessoas recebam um tratamento digno por parte do Poder Público.

É por essa igualdade que o poder Público estabelece diversos programas para que haja um tratamento devido a cada tipo de pessoa, observando suas dificuldades perante a sociedade, utilizando-se de compensações para promover um equilíbrio social.

Dessa forma, Fernandes (2020) traz no formato de contexto histórico, a distinção entre igualdade formal e material.

Com a Modernidade, todavia, o triunfo das Revoluções Burguesas marcou historicamente que todos os cidadãos estão no mesmo patamar, merecendo do Estado o mesmo catálogo de direitos, inicialmente tomados como direitos de não intervenção na vida privada de cada um. Posteriormente, entretanto, no curso que levou ao apogeu do Estado Social, tais direitos passaram a compreender também direitos a prestações positivas por parte do Estado (direitos econômicos e sociais). Com isso, a igualdade que era tomada apenas em uma perspectiva formal - visando abolir privilégios ou regalias de classe, tendo em vista o tratamento isonômico entre todos - transforma-se em uma igualdade material - voltada para o atendimento de condições de "justiça social" (direitos sociais mediante uma atuação positiva para a atenuação das desigualdades.) (FERNANDES, 2020, p. 544).

Tendo descrito as regras que norteiam o princípio da igualdade, é cabível ressaltar e demonstrar que, em determinados casos, o legislador poderá escolher elementos discriminatórios da sociedade com intuito de igualar materialmente os desiguais. De acordo com Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 123), o princípio da igualdade não veda de forma expressa que a lei estabeleça um tratamento diferenciado entre os indivíduos “desde que haja razoabilidade”.

Segundo Bastos (2001, p. 7), a vertente formal do princípio da igualdade consiste “no direito de todo cidadão não ser desigual pela lei senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos não vedados, pelo ordenamento constitucional”.

Bastos (2001, p. 5) apresenta ainda, a vertente material do princípio da igualdade que é, também, conhecida como igualdade substancial e consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida”. Logo, é obrigação da autoridade pública agir para que a lei seja aplicada sem qualquer tipo de discriminação entre as pessoas, independente de raça, classe social, religião, sexo.

¶Nesse sentido, muito se questiona se o inciso II, do art. 1.641 do CC de 2002, não é inconstitucional, uma vez que, traduz em verdadeira afronta ao princípio da igualdade, ao impor regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 (setenta) anos, restringindo a liberdade de escolha.

No entanto, Mello (2002) citado por Figueiredo e Cabral (2012, p. 18) aduz que “os tratados normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoável proporcional ao fim visado”. Entendendo assim que, a proteção do patrimônio do idoso pode ser uma justificativa plausível para a imposição da separação obrigatória de bens aos septuagenários, ou seja, maiores de 70 (setenta) anos.

2.3 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade é a livre manifestação de escolha do

sujeito para escolher e decidir sobre os atos que impactam sobre a sua vida. Dessa forma, o legislador impondo que seja adotado determinado regime de bens, justificado pela proteção do patrimônio de um dos cônjuges, viola o direito de escolha dos nubentes, ofendendo os princípios constitucionais abordados.

Considere o que afirma Dias (2011):

A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma preocupação (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora odiosa restrição, podendo os noivos optarem pelo regime de bens que desejarem (DIAS, 2011, p. 248).

No mesmo viés, continua o pensamento de Dias (2011):

Para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição de incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal (DIAS, 2011, p. 248).

Com base no disposto acima, a autora Maria Berenice Dias afirma que, ao determinar que seja obrigatória a separação de bens às pessoas septuagenárias, a norma está retirando do nubente maior de setenta anos, a autonomia de escolha do regime de bens em relação ao seu casamento. Assim, retirando do indivíduo a sua capacidade civil, ou seja, tornando-o incapaz, simplesmente pela idade, mesmo que esse exerça os seus direitos e deveres.

De acordo com Código Civil de 2002:

Art.4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
IV - os pródigos (BRASIL, 2002).

Nota-se que, o referido artigo não traz qualquer alusão que tenha comocritério, simplesmente, o fato de a pessoa ser idosa. Então, é possível questionar, sea redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002, não estaria criando uma forma de limitação da capacidade civil não prevista em lei?

Gori *et al.* (2018, p. 2) entende que há no regramento aqui discutido, “um mecanismo de interesse financeiro, evitando que se comprometa parcialmente os bens que seriam deixados aos herdeiros após a morte, para a divisão com um cônjuge superveniente”.

No entendimento exposto por Gori *et al.* (2018), o regime da separação total de bens, imposto aos idosos acima de 70 (setenta) anos, constitui um ato de discriminação e restringe sua atuação para os atos da vida civil, como se pudessem ser considerados incapacitados apenas com base no fator cronológico, etário, de forma automática, sem qualquer avaliação médica, sem o crivo do judiciário e sem o devido processo legal pois constitui em um dos processos mais criteriosos e revestidos de formalidade, por se tratar da capacidade da pessoa.

2.4 Princípio da liberdade

Vale ressaltar que o princípio da liberdade, assim como os citados acima, é um dos princípios constitucionais fundamentais, assegurado na Constituição Federal de 1988. No art. 5º dispõe sobre “inviolabilidade à liberdade” e presente também o art. 226, § 7º, que se refere a “livre iniciativa” do planejamento familiar. (BRASIL, 1988).

Segundo o entendimento de Cunha Júnior (2011):

O direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano do poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência. Isto é, consiste num poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 682).

No mesmo sentido, acerca da liberdade-base, isto é, liberdade de ação, que é capacidade de agir e tomar decisões conforme a vontade que tenha, afirma Silva (2005):

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

No que diz respeito ao princípio da liberdade, pode-se dizer que é livre a iniciativa dos indivíduos para construção de sua família, sendo proibido o Estado de intervir na constituição familiar. O determinado no art. 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, é uma restrição à liberdade, discriminando indivíduos com fundamento apenas na velhice e na incapacidade civil. Percebe-se que, o tema central deste estudo, tem como base o Direito de Família e como ocorre a construção da família, o que atrai a necessidade de apresentar aspectos inerentes a esses elementos, principalmente, quanto aocasamento.

3 DO DIREITO DE FAMÍLIA

No que tange ao Direito de Família, destaca-se a sua relevância na construção da sociedade como um todo. Pereira (2014, p. 49) defende que “a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico”.

Nesse sentido, é que, a Constituição Federal de 1988 concedeu à família, a total proteção do Estado e de acordo com seu art. 226, elevou a família ao elemento estruturante como a base da sociedade.

Gonçalves (2020) dispõe que

Com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2020, p. 17).

Sabe-se que, o modelo familiar e sua função vem sofrendo alterações de acordo com a sociedade e o espaço em que está inserida, a fim de acompanhar as evoluções humanas e sociais. É fácil perceber que o modelo familiar tradicional, formado apenas pelo casamento e com o objetivo de ter filhos e construir ou garantir patrimônio, passou a conviver com diversos outros modelos familiares.

No contexto contemporâneo, a família em sua estrutura jurídica, teve seu conceito alterado para família sociológica ou socioafetiva. Dessa forma, os entes familiares que compõem o seio familiar, também, passaram a ser regidos pela afetividade e solidariedade. O mais importante, é que, independentemente do modelo familiar constituído, deve ser protegido constitucionalmente, pois continua sendo a base da sociedade, capacitando o indivíduo para ser sujeito de direitos e obrigações e assumir o seu papel na sociedade em que está inserido.

Essa nova realidade familiar demanda a constante preocupação dos legisladores, principalmente na seara do Direito de Família, que vem se adequando a fim de evitar que decisões judiciais possam violar os direitos daqueles que escolherem um modelo familiar diverso do modelo tradicional.

Em se tratando do tema central deste estudo, a imposição do regime de separação obrigatória de bens para maiores de setenta anos, faz se necessário discorrer sobre o instituto do casamento a fim de propiciar melhor entendimento sobre o tema.

3.1 Do casamento

O casamento pode ser entendido como a união entre duas pessoas fundado no

vínculo afetivo existente, em que ambos, com o objetivo de constituir uma família, buscam a oficialização dessa união por meio desse instituto, que é um contrato reconhecido e regulamentado pelo Estado, trazendo assim, uma segurança jurídica para a relação.

Segundo conceito do doutrinador Flávio Tartuce (2015, p. 878), “o casamento pode ser conceituado como a união entre duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto.”

Percebe-se que o referido conceito não vincula o casamento à idade dos nubentes, pois não existe limitação de idade para que o casamento possa ser contraído. No entanto, o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, condiciona o casamento das pessoas acima de 70 (setenta) anos à restrição na escolha do regime de bens, pois a legislação já lhes impõe a separação obrigatória. Há, no referido artigo, um certo preconceito com origem na idade, o que pode ser considerado etarismo.

Prosseguindo, apesar da familiaridade com o instituto do casamento, muito se questiona sobre a sua natureza, o que provoca algumas discussões doutrinárias.

3.2 Da natureza jurídica do casamento

É importante conhecer a natureza jurídica do casamento, tendo em vista que essa natureza jurídica influi diretamente na correta aplicação do Direito.

Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 124), entendem “o casamento como instituição, por sua vez, deriva efetivamente de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico”.

Por sua vez, Rizzardo (2019) reconhece que o casamento é uma espécie de contrato, mas acrescenta que, por envolver o *affectio maritalis*, como fator determinante para sua celebração, transcende a questão dos direitos e deveres patrimoniais.

Assim, a natureza jurídica que melhor se adequa ao casamento, é a natureza jurídica híbrida matrimonial, que atrai para o instituto do casamento, a classificação de um contrato especial, tendo seus princípios e regras específicos, que extrapola o elemento econômico e alcança relações próprias do Direito de Família.

Apesar de ser um contrato especial, o casamento é baseado em princípios e regras, dos quais a sua observância e cumprimento é necessário para sua validade. Sendo oriundo da vontade das partes, o casamento tem como premissa a igualdade de direito e deveres dos cônjuges, como pode ser extraído do art. 1.511 do Código Civil de 2002, que dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” (BRASIL, 2002).

A validade do casamento está condicionada ao desejo livre dos nubentes que devem expressar um acordo de vontades sem vícios ou coações de qualquer tipo. Dentre esse acordo de vontades, figura-se o direito do casal em escolher o regime de bens que irá reger as relações patrimoniais na constância do casamento.

3.3 Da escolha do regime de bens

Atualmente, a escolha do regime de bens é um direito tanto para os cônjuges,

quanto para os conviventes em união estável e alcança ainda, efeitos da escolha perante terceiros. Encontra-se regulado no Título II do Livro IV do Código Civil de 2002.

As relações econômicas e patrimoniais do casamento, têm impacto direto em diversos institutos do Direito, principalmente, no que concerne ao Direito de Família. Como exemplo, são citadas: herança, direito real de habitação, usucapião por abandono do lar conjugal, divisão de bens em caso de divórcio ou dissolução da união estável.

Como demonstrado, o Direito precisa estar alinhado às evoluções e transformações sociais como forma de garantir a promoção da justiça e não seja relegado a um instrumento obsoleto. Madaleno (2018) entende que o regime de bens é um exemplo clássico da adequação do Direito às transformações sociais, pois é um instituto que foi sendo alterado ao longo do tempo a fim de promover a justiça diante das novas necessidades familiares.

Em períodos de maior participação da mulher no papel de partícipe da construção material da entidade familiar, sua posição tem reflexo direto na mudança dos regimes matrimoniais, podendo ser observado que atualmente no Brasil há forte inclinação pelo regime convencional da separação de bens. [...] Os noivos e conviventes devem tratar dos seus futuros interesses econômicos e precisam exercer densa e intensamente esta liberdade de negociação a despeito do regime matrimonial, mesmo porque, o modelo atual de relacionamento afetivo suscita novas responsabilidades e novos efeitos jurídicos para o reconhecimento de uma sociedade de afeto que já não mais depende de sua solene e formal constituição (MADALENO, 2018, p. 1305).

Partindo da premissa do Direito impactado pelas transformações sociais, o Código Civil de 2002, inovou ao admitir que os cônjuges possam alterar o regime de bens no decurso do casamento; posição bastante antagônica à imutabilidade que estabelecia o Código Civil de 1916.

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Tem-se que, essa modificação introduzida pelo Código Civil de 2002, alinha-se ao princípio da liberdade que o casal possui para resolver entre si, as questões patrimoniais, desde que, o direito de terceiros que possam ser impactados por essa, seja preservado.

Por outro lado, a redação do art. 1.641 do Código Civil de 2002, impôs um rol taxativo que impede o exercício dessa liberdade pelo casal, em escolher o regime de bens que irá vigorar na constância do seu casamento.

A modificação do regime de bens não é admitida na hipótese de casamento submetido **a regime obrigatório de separação de bens**, imposto pelo art. 1.641 do Código Civil: a) às pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; **b) a pessoa maior de 70 anos**; e c) a todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (GONÇALVES, 2020, p. 469, grifo nosso).

Em 2004, na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado 262: “a obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas no art. 1.641, I e III, do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs” (BRASIL, 2004). É fácil entender que esse enunciado não pode ser aproveitado pelas pessoas maiores de 70 (setenta) anos, diante da impossibilidade de superação dessa condição etária.

A doutrina tem se debruçado sobre essa restrição imposta pelo art. 1.641, II, do Código Civil. Enquanto defende-se essa restrição como uma forma de proteger a pessoa idosa da constituição de um casamento com fins apenas em interesse patrimonial, Gonçalves (2020) entende que não deve prevalecer esse entendimento diante da proteção constitucional e de importantes princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

[...] a referida restrição é 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 (CF, arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV). (GONÇALVES, 2020, p. 471).

Após a escolha do regime de bens pelo casal, esse passará a constar no pacto antenupcial. Porém, constatada a inexistência desse pacto ou alguma disposição que constitua violação à legislação, capaz de anular o pacto, o casamento será regido pela comunhão parcial de bens, conforme preceitua o art. 1.640, *caput* do Código Civil de 2002.

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (BRASIL, 2002).

Mas, o que é o pacto antenupcial?

Pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento. *Solene*, porque será nulo se não for feito por escritura pública. Não é possível convencionar o regime matrimonial mediante simples instrumento particular ou no termo do casamento, pois o instrumento público é exigido *ad solemnitatem*. E *condicional*, porque só terá eficácia se o casamento se realizar (*si nuptiae fuerint secutae*). Caducará, sem necessidade de qualquer intervenção judicial, se um dos nubentes vier a falecer ou se contrair matrimônio com outra pessoa. Proclama, efetivamente, o art. 1.653 do Código Civil: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. Afora, portanto, a hipótese de adoção do regime de comunhão parcial, que a lei presume, como foi dito, ter sido escolhido pelas partes quando estas nada convencionaram, a escolha de qualquer outro regime de bens depende de ajuste entre os nubentes no pacto antenupcial (GONÇALVES, 2020, p. 467).

A partir dessas noções básicas apresentadas, o Código Civil de 2002 disciplinou as modalidades de regimes de bens, trazendo as seguintes modalidades: comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666); comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671); participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e a separação de bens convencional e obrigatória/legal (arts. 1.687 a 1.688).

Tendo em vista o tema central deste estudo, é importante adentrar no regime da separação de bens convencional e obrigatória/legal (arts. 1.687 a 1.688).

4 DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS CONVENCIONAL E OBRIGATÓRIA/LEGAL (arts. 1.687 a 1.688)

Baseado na proteção de determinado grupo de pessoas ou a imposição de sanção àqueles que se casem desrespeitando causas suspensivas, o art. 1.641 do Código Civil de 2002, impõe o regime da separação legal ou obrigatória de bens.

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

O pacto antenupcial, em decorrência da liberdade que o casal possui para escolher seu regime de bens, é outra forma de escolher esse regime de bens.

Quando se trata da imposição legal, Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 1.015) são enfáticos ao afirmarem que “por traduzir restrição à autonomia privada, não comporta interpretação extensiva, ampliativa ou analógica”.

É importante esclarecer que essa imposição etária já foi considerada mais grave, tendo em vista que no Código Civil de 1916, essa restrição alcançava as mulheres com mais de 50 (cinquenta) anos e os homens com mais de 60 (sessenta) anos. Com a vigência do Código Civil de 2002, já sob a égide da Constituição da República de 1988 que passou a considerar a igualdade entre homens e mulheres, essa limitação na escolha do regime de bens, passou a ser imposta para homens e mulheres a partir de 60 (sessenta) anos e que fossem vivenciar o casamento.

Com a vigência da Lei nº 12.344/2010, o inciso II do art. 1.641 do Código Civil foi alterado, passando a separação de bens ser obrigatória às pessoas a partir de 70 (setenta) anos, sendo a principal justificativa o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Ao escolher ou ter esse regime de bens adotado por imposição legal, resultará que, embora seja um casal, devendo cada um contribuir para as despesas do núcleo familiar de acordo com os rendimentos obtidos, fruto do trabalho e do rendimento dos seus bens, cada um conservará a propriedade exclusiva dos seus bens individuais existentes antes do enlace matrimonial, bem como a propriedade de outros bens que sejam adquiridos por cada um durante o casamento. Consequentemente, pertence a cada cônjuge, as rendas advindas desses bens, bem como a administração deles.

4.1 A súmula nº 377 do STF e o casamentos dos idosos acima de 70 (setenta) anos

Não se pode falar do regime da separação obrigatória de bens, sem trazer à luz a Súmula nº 377 do STF, proferida em 1964, que dispõe: “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. (BRASIL, 1964).

Flávio Tartuce (2020) afirma que essa súmula se tornou um dos maiores questionamentos dentro do Direito de Família quando se trata do regime da separação de bens para os doutrinadores e aplicadores do Direito. Ao confrontar o art. 1.641 do Código Civil de 2002 com essa súmula, é possível temer pela insegurança jurídica.

Dentre os diversos questionamentos sobre a aplicação dessa súmula, pode-se interrogar: essa súmula contribui para o enriquecimento ilícito, ao permitir a divisão de bens adquiridos na constância do casamento, mesmo diante do regime da separação obrigatória? A utilização dessa súmula seria adequada somente no caso concreto em que houvesse a comprovação do esforço comum do casal? Essa súmula é uma forma de mitigar a aridez do art. 1.641, II do CC?

Gagliano e Pamplona Filho (2018), entendem ser essa súmula, um instrumento eficaz para reduzir a aridez do art. 1.641 do CC com objetivo de coibir o enriquecimento sem causa de qualquer um dos cônjuges.

Com o julgamento do REsp 1.623.858-MG decidiu-se:

Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquiridos onerosamente. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da Súmula 377/STF (REsp 1.623.858-MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018) (BRASIL, 2018).

Foi um julgamento no qual, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, uniformizou o entendimento que encontrava aplicação divergente pela Terceira e Quarta Turma. “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” REsp 1.623.858-MG (BRASIL, 2018).

Entende-se que esse esforço comum para aquisição do patrimônio não deve ficar restrito à contribuição financeira, porém, deve ser uma contribuição eficaz em prol da conquista do bem.

Na sequência, é importante demonstrar a posição atual do idoso perante a sociedade, bem como a proteção que tem sido destinada a esse grupo de pessoas, como forma de alcançar os objetivos propostos neste estudo.

5 VISÃO GERAL DO IDOSO NA SOCIEDADE E NO DIREITO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um verdadeiro marco na proteção dos idosos no Brasil e em seu art. 230 dispõe que “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” (BRASIL, 1988).

Em seu art. 1º, garante também, que a República Federativa tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, bem como em seu art. 3º, o fundamento da promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Essa proteção, torna-se cada vez mais importante, tendo em vista o aumento da expectativa de vida no Brasil e no mundo, com os estudos e pesquisas demonstrando que, ainda em 2025, o Brasil ocupará um dos primeiros lugares dentre os países com maior população idosa.

Feuser e Goldschmidt (2020, p. 5) afirmam que o Brasil será um dos países “mais envelhecido do mundo, com mais de trinta e quatro milhões de idosos, e que até o ano de 2050 cerca de um quinto da população mundial será composta de anciãos, aumentando-se a proporção para um terço nos países desenvolvidos”.

Nesse cenário, é importante saber quem é considerado a pessoa idosa. Apesar de saber que cada existência é única e que as pessoas não envelhecem de forma linear e sim, por um processo particular, individual e subjetivo, o ordenamento jurídico adotou como forma de definir o idoso, o critério cronológico. Embora essa escolha possa ser alvo de críticas, é o critério mais assertivo, pois os demais critérios envolvem muita subjetividade.

Assim, o Estatuto do idoso definiu com precisão que “são consideradas idosas pessoas a partir de 60 anos” (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, possui 118 artigos e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2004, estabelecendo regramentos sobre Direito Previdenciário, Civil, Processual Civil, não se descurando da necessária proteção penal ao ancião. “Constitui-se em um verdadeiro microsistema jurídico de proteção à velhice, que consolidou a matéria jurídica relativa aos direitos e garantias dos idosos” (SARAIVA, 2016, p. 1).

Conforme já demonstrado, o art. 1.641 do Código Civil dita o regime de bens entre os cônjuges, e mais precisamente em seu inciso II, deixa claro a obrigação do regime da separação de bens no casamento para pessoas com mais de 70 (setenta) anos, conforme redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

Esse inciso tem sido motivo de muita discussão. Santos (2009), argumenta que há violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Esse princípio, que se encontra no cerne da Constituição Federal de 1988, garante que todos os membros da sociedade devem ter sua autodeterminação contemplada e protegida, independentemente de sua idade. Santos (2009) entende pela revogação do art. 1.641, por considerá-lo inconstitucional e roga para que os Tribunais, enquanto isso não ocorra, autorizem a modificação do regime da separação obrigatória quando os cônjuges assim desejarem.

Arnaldo Rizzardo (2002), membro da Academia Brasileira de Direito Civil e Desembargador aposentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não entende pela alteração para todas as hipóteses do art. 1.641, mas apenas para o casamento realizado com inobservância à causa suspensiva, que está implícito no inciso I.

No Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil, promovida pela Justiça Federal, foi proposta a revogação do art. 1.641, inciso II, do Código Civil, pelos seguintes motivos:

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 a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (BRASIL, 2002).

Embora a intenção inicial da imposição deste artigo fosse proteger os idosos, considerados mais vulneráveis, é importante ponderar que a idade cronológica nem sempre reflete a capacidade física e intelectual de um indivíduo para tomar decisões em sua vida, especialmente, no que diz respeito à administração de seu patrimônio e à escolha do regime de bens em seu casamento.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 assegura diversos princípios e direitos fundamentais, entre eles a igualdade e a liberdade presentes no art. 5º *in verbis*:

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

O art. 226 da Constituição estabelece que o casamento é uma instituição que deve ser pautada pelo livre consentimento dos intermediários, devendo atender aos fins sociais a que se destina. Impor um regime de bens com base na idade parece contradizer esse princípio, uma vez que não leva em consideração a vontade das partes envolvidas.

Conforme Santos (2009):

Nada impede que uma pessoa com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos esteja em plena atividade física e intelectual, com pleno discernimento para tomada de decisões em sua vida, especialmente, em relação à administração do seu patrimônio e escolha do regime de bens. (SANTOS, 2009, p. 3).

A imposição da separação obrigatória de bens para pessoas com mais de 70 (setenta) anos parece entrar em divergência com os princípios constitucionais ora citados, uma vez que, discrimina um grupo específico de cidadãos com base unicamente na idade e de certa forma classifica esses como inferiores e com menor capacidade física ou psicológica/mental para decidir sobre seu próprio matrimônio.

Parece que o legislador entendeu que a idade avançada é um fator negativo que somente conduz à vulnerabilidade, esquecendo-se que, também significa amadurecimento, acúmulo de experiências pela vivência das mais diversas situações profissionais, afetivas e amorosas ao longo da vida.

Silveira e Cavallini (2022) citam que, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem passado por avanço notável na área de saúde e bem-estar, resultando em um aumento significativo na expectativa de vida de sua população. Como resultado, os brasileiros estão vivendo bem mais, o que é

uma conquista e não pode ser desconsiderada.

Esse aumento na expectativa de vida traz importantes implicações sociais e legais. Com uma população idosa vivendo mais tempo, é fundamental analisar e adaptar as políticas e normas relacionadas aos direitos e às necessidades dessa parcela da sociedade. Isso implica, por exemplo, rever normas que possam limitar arbitrariamente suas escolhas, como a imposição da separação obrigatória de bens após uma determinada idade, nesse caso 70 (setenta) anos.

Ao categorizar automaticamente os idosos em um regime de bens específico, é necessário promover uma abordagem mais individualizada, que leve em consideração a vontade e a capacidade de cada pessoa, independentemente da idade. Portanto, é necessário considerar como as mudanças demográficas impactam as políticas e leis que afetam diretamente.

Keinert e Rosa (2009) expõem:

No Brasil o valor do idoso é reconhecido no ordenamento jurídico, apesar da mentalidade utilitarista da nossa sociedade que os marginaliza. Tal reconhecimento é devido, em primeiro lugar, porque são seres humanos – e, por isso, dignos de respeito; em segundo lugar, em função das suas necessidades peculiares decorrentes da idade; por fim, porque são pessoas que muito contribuíram, e ainda podem contribuir, para a construção de uma sociedade justa e solidária. A partir disso, devemos difundir a todos – inclusive aos próprios idosos – os direitos e garantias a eles conferidos para que possam, então, exigir seu cumprimento utilizando todos os meios possíveis. Essas atitudes nada mais são do que medidas para que seresperte a vida em toda a sua plenitude, desde a infância até a velhice. Pois o direito à vida só é efetivado se houver dignidade (KEINERT; ROSA, 2009,p. 5).

Além do mais, a Constituição de 1988 proíbe qualquer forma de discriminação, seja ela de gênero, raça, idade ou outra qualquer. Nesse contexto, a imposição da separação obrigatória de bens para pessoas com mais de 70 (setenta) anos pode ser vista como uma discriminação arbitrária, pois não há justificativa razoável para limitar a liberdade de escolha do regime de bens com base na idade. Conforme Venturini e Plastino (2020):

A Constituição Federal de 1988 assegura que um dos objetivos fundamentais da República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Tal compromisso remonta ao princípio universal da igualdade consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual proíbe a discriminação e estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”. (VENTURINI; PLASTINO, 2020, p. 1).

Importante frisar, que está em discussão o Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.309.642-SP (ARE), que ainda será julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a referida ementa.

Ementa: Direito Constitucional. Recurso extraordinário com agravo. Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis. 2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3.

Repercussão geral reconhecida onde se discute a constitucionalidade deste regime de separação de bens, e como ficará sua aplicação também nos casos de uniões estáveis. (BRASIL, 2021).

Esse recurso foi protocolado no dia 08/02/2021 e tem como Relator o Ministro Luís Roberto Barroso. No ano seguinte, o Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski e reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido também o Ministro Ricardo Lewandowski. Posteriormente, o processo foi incluído no calendário de julgamento do dia 18/10/2023, exclusivamente, para leitura do relatório e realização das sustentações orais, inclusive pelos *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) com pedido de ingresso ora deferido no dia 03/10/2023. Subsequentemente, será agendada sessão para o início da votação, com o julgamento do mérito da repercussão geral.

Trata-se de um recurso interposto pela companheira do falecido que busca a declaração da inconstitucionalidade da imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento dos maiores de 70 (setenta) anos, bem como seja determinada sua aplicação às uniões estáveis.

Ao manifestar-se favorável à repercussão geral do tema, o Ministro Luís Roberto Barroso, dissertou sobre a relevância social e jurídica do caso, pois o regime de bens impacta diretamente na vida social com resultados para o casal e para terceiros. Fundamentou ainda sua decisão, nas normas e princípios que determinam que o idoso deve receber proteção especial do Estado, da sociedade e da família.

É importante que essa questão seja julgada à luz da Constituição Federal e da jurisdição, a fim de garantir que os direitos e a dignidade das pessoas idosas sejam preservados.

5.1 Do contrassenso jurídico acerca da obrigatoriedade da separação de bens acima de 70 anos

A separação obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos é um tema que gera bastante debate no contexto jurídico brasileiro. Esse dispositivo legal foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio sob a escusa em proteger os idosos de eventuais abusos financeiros por parte de cônjuges mais jovens, bem como considerando que os herdeiros que visam uma futura partilha de bens, sob o entendimento de que os idosos podem ser mais vulneráveis a pressões financeiras e emocionais, ficando propensos a fazerem escolhas prejudiciais para seus patrimônios.

Entretanto, essa imposição tem sido objeto de críticas e de debates, evidenciando um contrassenso sistêmico na legislação brasileira, uma vez que, vai de encontro aos princípios expostos anteriormente, tais como a dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da autonomia da vontade, o que representa uma inconstitucionalidade que vem sendo debatida doutrinariamente e no campo da jurisprudência.

Vale ressaltar que tal obrigatoriedade funda-se em pontos questionáveis que, inclusive, colocam em dúvida a capacidade civil da pessoa idosa maior de 70 (setenta) anos, pois, se não tem autonomia para escolher o próprio regime de casamento, não tem como exercer outros atos da vida civil.

Antes da redação da Lei nº 12.344/2010, o art. 1.641, Inciso II, tinha previsão de que a obrigação do regime de separação de bens, seria imposto ao casamento das pessoas maiores de 60 (sessenta) anos. A referida Lei alterou a idade para 70 (setenta) anos, o que de forma alguma agradou a comunidade do Direito. No entanto, independentemente de a idade ter sido aumentada, o dispositivo ainda seria inconstitucional, de acordo com Flavio Tartuce (2017):

Por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz para o casamento. Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (personalização do Direito Civil) (TARTUCE, 2017, p. 818).

Essas correntes doutrinárias levaram para a I Jornada de Direito Civil, o Enunciado nº 125 que propunha a revogação do dispositivo no art. 1.641, inciso II, Flávio Tartuce *et al.* (2022) apresenta algumas das justificativas utilizadas para a defesa do Enunciado:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão a idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/1988). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção a) absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (TARTUCE *et al.*, 2022, p. 1.426).

Os entendimentos pela inconstitucionalidade do dispositivo do art. 1641, inciso II, seguem com a posição de Gagliano e Pamplona Filho (2018, 331) que afirmam, “o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso”.

Percebe-se que pelos posicionamentos adotados pelos renomados doutrinadores, todos merecem respeito e se justificam, contudo, não se pode olvidar que importantes princípios e garantias encontram-se violados e se confrontam diretamente.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo deste estudo, o envelhecimento populacional é uma realidade no Brasil e no mundo. Diante disso, existe maior preocupação do legislador em proteger esse grupo de pessoas.

No entanto, qualquer regramento infraconstitucional deve estar em perfeita sintonia com princípios e com a Constituição da República de 1988, devendo ser criados com o devido cuidado em não violar a Carta Magna e seus princípios, sob o risco de ter a sua inconstitucionalidade declarada.

Nesse cenário, encontra-se a discussão jurídica quanto a imposição do regime da separação obrigatória de bens do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002 ao

casamento dos maiores de 70 (setenta) anos, pois, em regra, o casal é livre para escolher o seu regime de bens.

Foi nesse contexto, que o objetivo principal deste estudo, buscou analisar se essa imposição de regime de bens aos maiores de 70 (setenta) anos, deve ser declarada inconstitucional diante da violação de importantes princípios ou se, realmente, representa proteção especial ao idoso.

Após análise minuciosa, levando em consideração os conceitos aplicados, os princípios apresentados, tendo uma visão geral do idoso na sociedade por meio de dados estatísticos e demonstrando a grande corrente doutrinária que discorda do dispositivo do art. 1641, inciso II, do Código Civil, é possível notar que o dispositivo representa uma inconstitucionalidade no nosso sistema normativo. Assim, deve ser revogado, devido a seu teor referencial patrimonial, não respeitando os princípios constitucionais que zelam pela dignidade da pessoa humana, ordenando que todo direito a ser criado deve ter sua base, visando o ser humano e não o cunhopatrimonial.

Quando se trata de um instituto como o casamento, instituto importantíssimo para o ordenamento jurídico, não se pode ter como fundamento o cunho patrimonial, devendo ser revogado na atual circunstância, por não haver uma justificativa plausível de como esse dispositivo protege o ser humano em si e não o simples patrimônio. Dessa forma, o artigo aqui discutido se contrapõe ao disposto no art. 426 do Código Civil de 2002 que estabelece que, herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato, então se não se pode ser objeto de contrato, não há razão para imposição de um regime de separação obrigatório bens para os idosos, de forma que os trate como diferentes, impossibilitando-os de escolher o próprio regime de bens.

Há no referido artigo uma discriminação do legislador que entendeu que a idade avançada é um elemento negativo, que por si só, representa a vulnerabilidade. Esqueceu o legislador que com 70 (setenta) anos, a pessoa pode ser Presidente da República, Senador, Governador, entre tantos outros cargos públicos. Essa limitação imposta pelo Estado, além de criar uma modalidade de incapacidade civil com base apenas no critério etário, como se o idoso fosse incapaz de fazer suas escolhas, no caso, escolher seu regime de bens, ainda privilegiou a proteção aos herdeiros, principalmente, os seus descendentes.

Dessa forma, além de ofender a autonomia de vontade do idoso acima de 70 anos, por condicionar a sua idade à sua capacidade civil, também cria uma forma de discriminação aos indivíduos mais jovens, atribuindo-lhes o título de interesseiros ao se envolverem alguém que esteja acima de sua faixa etária, evidenciando, com isso, a afronta à vida privada das pessoas, que têm o campo afetivo invadido pelo Estado. Espera-se que o julgamento do importante Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1309642, o qual terá repercussão geral, sirva para corrigir essa anomalia com a declaração da inconstitucionalidade do referido artigo.

Por fim, não se pode prejudicar todos os casais que estejam nessa faixa etária, aplicando de maneira geral, a imposição do regime de bens. Se porventura, diante do caso concreto, perceber que o idoso(a) está sendo alvo de casamento interesseiro, é responsabilidade da família, do Estado e do Poder Judiciário analisar esse caso e sim, buscar a proteção específica para esse idoso(a).

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado** I. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. São Paulo: Leia, 1959.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 125**. I Jornada de Direito Civil em 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 262**. III Jornada de Direito Civil em 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Diário Oficial da União, Brasília, 10 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial: REsp 1.623.858-MG**. Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), por unanimidade, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/ramosdedireito/informativo_ramos_2

018.pdf. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula nº 377**. Diário da Justiça, Brasília, 11 mai. 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário com Agravo ARE nº 1.309.642-SP**. (1. Turma) Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em: 7 out. 2023.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. revista atualizada, e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020.

FEUSER, Marja Mariane; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O estado democrático de direito e a proteção do idoso no que toca a discriminação etária no trabalho. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 37, p. 219-234, jul. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/43775>. Acesso em: 12 out. 2023.

FIUZA, César; OLIVEIRA, Guilherme Abreu Lima de. **Principiologia contratual**. Publica Direito, 2020. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4baf54f36935058b#:~:text=Princ%C3%ADpios%20informadores%20s%C3%A3o%20normas%20gerais,fundamentos%20dos%20quais%20devemos%20partir>. Acesso em: 18 set. 2023.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

GORI, Verônica de Assis *et al.* Casamento entre idosos e o regime obrigatório de bens: inconstitucionalidade ou protecionismo? V. 1, n. 1, **Anuário do Congresso Intercontinental de Direito Civil**. 2018. Disponível em: <https://www.abdireitocivil.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Casamento-entre-idosos-e-o-regime-obrigat%C3%B3rio-de-bens-Inconstitucionalidade-ou-Protenciomismo.pdf>. Acesso em: 7 out. 2023.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa. **Direitos humanos, envelhecimento ativo e saúde da pessoa idosa: marco legal e institucional**. BIS. Boletim do Instituto de Saúde, São Paulo, n. 47, pp. 4–8, 2009. Disponível em: <https://periodicos.saude.sp.gov.br/bis/article/view/33812>. Acesso em:

4 out. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. 22ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de projetos de pesquisa, trabalhos acadêmicos, relatórios técnicos e/ou científicos e artigos científicos**: conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 4. ed. reform. e atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2022. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 6 nov. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Michel Carlos Rocha. O idoso e o regime de bens no casamento: críticas à opção legislativa do Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2357, 14 dez. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14009>. Acesso em: 4 nov. 2023.

SARAIVA, Luana de Lima. **A tutela constitucional da pessoa idosa**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 mai. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46615/a-tutela-constitucional-da-pessoa-idosa>. Acesso em: 14 out. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Daniel; CAVALLINI, Marta. **Expectativa de vida sobe de 76,8 para 77 anos**. G1 Economia, 25 nov. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/11/25/expectativa-de-vida-sobe-de-768-para-77-anos.ghtml>. Acesso em: 24 set. 2023.

TARTUCE, Flávio *et al.* **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Tartuce, Flávio **Manual de direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** lei de introdução e parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, editora Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENTURINI, Anna Carolina; PLASTINO, Luisa Mozetic. **As leis antidiscriminação:** 1988 a 2016. Nexo Políticas Públicas, 12 nov. 2020. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/linha-do-tempo/2020/As-leis-antidiscrimina%C3%A7%C3%A3o-1988-a-2016>. Acesso em: 15 set. 2023.