

OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES 70 ANOS: o conflito com o princípio da autonomia privada e com a tutela da afetividade.

Luciane Fernandes dos Santos Rocha*

RESUMO

O presente trabalho visa discutir a afronta aos pressupostos da autonomia privada e a não tutela da afetividade em primeiro plano ao tratar do instituto do casamento dos maiores de 70 anos. O legislador ao tratar deste tema, impôs a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens, ao contrário do tratamento dispensado às pessoas com idade inferior a 70 anos que podem estipular livremente quanto aos seus bens o que lhes aprouver. Tal imposição vai ao desencontro da Constituição Federal que tem como direitos fundamentais e pilares da dignidade humana a igualdade e a liberdade, aqui tratada na ótica da autonomia privada. A tratativa do idoso também apresenta certa dicotomia com o próprio Código Civil que ao dispor de outros institutos do Direito de Família vêm demonstrando a importância de se valorizar a afetividade bem como a autonomia dos indivíduos na esfera privada, o que foi demonstrado quando se passou a reconhecer outros modelos de família e não somente as advindas do vínculo matrimonial, a paternidade socioafetiva bem como a elaboração do estatuto da decisão apoiada para aqueles que possuem algum tipo de deficiência de forma a garantir a dignidade destas pessoas. Tais inovações apontam para a tutela da pessoa em primeiro plano considerando sua liberdade de escolha como elemento imprescindível para a consolidação da dignidade humana. Este trabalho foi produzido através de leitura teórica, histórica e análise comparativa, buscando demonstrar o tratamento diferenciado e discriminatório dispensado aos idosos no que tange ao instituto do casamento, concluindo-se através deste que é necessária uma reanálise por parte do legislador quanto à imposição do

*Graduanda em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO – BH). Graduada em Telecomunicações pela Universidade FUMEC em Belo Horizonte. Email: luci_fs@yahoo.com.br.

regime de separação de bens aos mesmos o que fere princípios como da autonomia privada dos indivíduos e não garante a tutela da afetividade em primeiro plano.

Palavras-chaves: Autonomia privada; Maiores de 70 anos; Casamento, Afetividade.

ABSTRACT

The present work aims to discuss the affront to the assumptions of private autonomy and the non - tutelage of affectivity in the foreground when dealing with the marriage institute of those over 70 years. The legislature, in dealing with this issue, imposed an obligation to adopt the system of separation of property, as opposed to the treatment of persons under the age of 70, who can stipulate freely in their property what they wish. This imposition goes from disregard to the Federal Constitution which has as fundamental rights and pillars of human dignity the equality of freedom, here dealt with in the perspective of the private automobile. The treatment of the elderly also presents a certain dichotomy with the Civil Code itself, which, in the presence of other institutes of family law, has demonstrated the importance of valuing affectivity as well as the autonomy of individuals in the private sphere. regulate the various family models and not only those arising from the marriage bond, socio-affective paternity as well as the elaboration of the statute of the decision supported for those who have some type of disability. Such innovations point to the protection of the person in the foreground considering their freedom of choice as an essential element for the consolidation of human dignity. This work is being produced through theoretical, historical and comparative analysis, trying to demonstrate the differential and discriminatory treatment given to the elderly in the marriage institute. It is concluded that a reanalysis by the legislator is necessary regarding the imposition of the regime of separation of goods for the elderly, which violates principles such as the private autonomy of individuals and does not guarantee the guardianship of affectivity in the foreground.

Keywords: Private autonomy; Over 70 years; Marriage, Affectivity

1. INTRODUÇÃO

O instituto do casamento é estudado pelo ramo do Direito Civil denominado Direito de família, sendo este a forma mais tradicional de se constituir família disciplinada pelo Código Civil. Trata-se o casamento da união formal, reconhecida e regulamentada pelo Estado tendo como objetivo a constituição de família e baseada em um vínculo de afeto. Quando da ocasião do casamento é indispensável que seja definido o regime de bens que será adotado pelo casal, o qual tutelará o patrimônio da então entidade familiar.

Dispõe o Código Civil que: “É lícito aos nubentes, antes do casamento, estipular, quanto aos seus bens o que lhes aprouver” (art. 1639, Código Civil). Tal dispositivo apresenta-se em consonância com os princípios da dignidade humana, em especial com o da liberdade de se escolher quais as regras incidirão sobre o patrimônio de todos aqueles que através do casamento constituirão família.

Pode-se extrair do artigo supracitado que é assegurada plena liberdade aos cônjuges para fazer a estipulação do regime que desejarem, sem limitação e sem vinculação obrigatória a qualquer dos regimes regulados pelo Código Civil. A liberdade aqui tratada se refere a um dos princípios fundamentais: a autonomia privada que assim é definido pelo doutrinador Flávio Tartuce:

Esse princípio, na visão pós-moderna ou contemporânea do direito privado, substitui o antigo princípio da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar. (TARTUCE, 2016, p. 128).

São regimes de bens disciplinados pelo atual Código Civil: comunhão parcial de bens, comunhão universal ou comunhão total de bens, participação final nos aquestos e o regime da separação de bens que se divide em separação convencional e a separação legal que é a obrigatória, ou seja, a lei obriga que este regime seja adotado em função de algumas situações particulares dos cônjuges. Ainda é possível que os nubentes criem um regime próprio ou mesquem características dos diversos regimes mediante pacto antenupcial.

A imposição do regime da separação obrigatória ocorrerá em situações específicas que são denominadas causas suspensivas do casamento, para os maiores de 70 anos e para aqueles que dependerem de suprimimento judicial. Nestas situações não há impedimento para que o

casamento se efetive, mas é imposta uma restrição quanto a sua constituição, qual seja, a impossibilidade de escolha do regime e a adoção obrigatória do regime da separação de bens¹.

De acordo com o doutrinador Flávio Tartuce, o legislador quis proteger determinadas pessoas com a imposição do regime da separação de bens: “O inciso II do art. 1641 do Código Civil visa supostamente, a tutela do idoso, potencial vítima de um golpe do baú em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções” (TARTUCE, 2016, p.142). Ocorre que nesta suposta tentativa de proteção, o Estado interfere diretamente na vida do idoso, subtraindo do mesmo a sua liberdade de escolha. Supostamente tem-se a indicação que sua capacidade tenha sido reduzida em função da idade o que impossibilitaria a identificação dos riscos ao escolher certo regime.

A imposição também confere aos maiores de 70 anos um tratamento desigual e discriminatório o que também contraria as garantias fundamentais, pois assim está disposto na Constituição Federal de 1988, 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”.

A redação do artigo 1641 foi alterada em 09 de Dezembro de 2010, pela Lei 12.344. A idade trazida no inciso II passou de 60 anos para 70 anos. A alteração se deu frente aos grandes avanços da medicina o que resultou no aumento da expectativa de vida dos brasileiros entre os anos de 2002 a 2007. Atualmente, a tabela de expectativa de sobrevida do IBGE, a média passou para 75,5 anos de vida. A atual expectativa de sobrevida dos homens aumentou para 71,9 anos e das mulheres para 79,1 anos.

Embora a alteração de tal dispositivo legal reflita por um lado a preocupação do legislador de acompanhar o aumento da expectativa de vida do brasileiro, por outro lado demonstra a persistência em tratar os maiores de 70 anos como pessoas incapazes de tomar suas próprias decisões e ainda o descompasso com outros institutos deste mesmo Código que vêm

¹ 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; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

privilegiando a autonomia privada dos indivíduos o que se constata principalmente com valorização do vínculo afetivo nas relações: reconhecimento e regulamentação de outros modelos de família não necessariamente formadas pelo vínculo matrimonial bem como da paternidade socioafetiva. O que parece neste ponto é que ao tratar dos maiores de 70 anos, o legislador decide supervalorizar a tutela do patrimônio permanecendo com uma visão de que os idosos ao se casarem não estabelecem uma relação fundamentada verdadeiramente no afeto, respeito mútuo e pelo ânimo de vida em comum e ainda de que não são capazes de resguardar seu próprio patrimônio.

Flávio Tartuce (2017, p.3) complementa dizendo que, “a tratativa dos institutos do Direito de Família passou por grandes transformações nas últimas décadas e demonstra a tendência de personalização do Direito Civil, ou seja, a pessoa é tratada antes do patrimônio que deixa de ser ator principal passando a mero coadjuvante”.

Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2015, p. 36) assevera que, “a intervenção do estado em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão é uma postura inaceitável em um estado liberal que prestigia antes e acima de tudo a liberdade”.

Existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, bem como os princípios da proibição de retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes. Os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados [...]. O direito das famílias está ligado aos direitos humanos, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares- ao afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas. A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual [...]. (DIAS, 2015, p.45,46).

Nota-se pelas palavras dos autores acima que os princípios fundamentais se aplicam a todos os ramos do direito, logo o princípio da liberdade, igualdade e dignidade humana não podem ser apartados do tratamento dispensado pelo Código Civil às relações familiares e patrimoniais decorrentes destas, se destacando também o afeto como elemento que carece ser tutelado.

O presente artigo não tem o objetivo de aprofundar em todos os regimes citados, mas tão somente perpassar pelas características gerais destes e aprofundar nos reflexos da imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos (inciso II do artigo acima), reflexos esses que incidem diretamente na autonomia privada dos cônjuges e ainda demonstra uma supervalorização do patrimônio em detrimento do vínculo matrimonial que se estabelece pelo afeto, amor, e principalmente pelo desejo de estabelecerem uma vida comum conforme estabelece os princípios gerais do casamento.

Através de leitura teórica e histórica, buscou-se atender os seguintes objetivos: abordagem de algumas considerações sobre casamento; características gerais dos regimes de bens e especialmente a dicotomia entre a imposição da separação obrigatória para os maiores de 70 anos e o princípio da autonomia privada no Direito de Família e por fim contrastar a imposição do regime da separação obrigatória com a valorização do afeto nas relações e com os princípios da Dignidade da pessoa humana principalmente no que tange a liberdade.

A imposição do regime da separação de bens aos idosos não seria uma afronta aos pressupostos da autonomia privada? O legislador não estaria tratando o idoso de forma discriminatória ao deixar sua afetividade em segundo plano em face da superproteção de seu patrimônio?

Pretende-se então demonstrar a necessidade urgente do legislador excluir a norma impositiva em questão, pois, em meio a constante constitucionalização do Direito Civil, significaria um retrocesso manter tal dispositivo legal.

2. CASAMENTO

O casamento é uma das formas de se regulamentar a convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto e pela vontade de viver uma vida em comum, em outras palavras, trata-se de uma união formal com o objetivo de formação de família que possui a tutela do Estado. Para o doutrinador Paulo Lobo “o casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual se constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”. (LOBO, 2011, p.99).

Antigamente o casamento era ato meramente religioso, passando a ser considerado ato civil. De acordo com a doutrina majoritária, o casamento possui natureza jurídica eclética ou

também denominada híbrida, ou seja, é um misto de contrato e de instituição. Sendo um contrato quanto a sua celebração onde é necessária a livre manifestação de vontade e uma instituição quando ao seu conteúdo. Se de acordo com esta teoria, o casamento é um contrato, quanto a sua celebração, os princípios contratuais devem ser aplicados ao mesmo, ressaltando o princípio da autonomia privada no que diz respeito à escolha do regime de bens. Tal princípio estabelece que as partes sejam livres para deliberar e negociar quanto às cláusulas, conteúdo, objeto do contrato desde que este não seja contrário à lei e aos interesses coletivos.

Alisando a escolha do regime de bens pela ótica contratual, esta em suma é simplesmente a liberdade conferida aos consortes quanto aos assuntos de natureza patrimonial: a norma que incidirá sobre os bens dos mesmos após a consumação do casamento. Esta manifestação de vontade possui caráter individual e privado e se aproxima do estabelecimento de qualquer cláusula de um contrato particular, onde a escolha é realizada de forma a exteriorizar a real e livre vontade das partes. Parte-se para a análise dos diversos regimes de bens.

3. REGIMES DE BENS

Regime de bens nada mais é do que normas que regulamentarão os direitos patrimoniais relacionados ao casamento e que definirá a comunicabilidade ou não dos bens adquiridos por cada um dos consortes antes e durante o casamento. A escolha do regime de bens ocorre na fase de habilitação do casamento.

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2012, p.437).

Alguns princípios regem o regime de bens tais como: **princípio da autonomia privada**, princípio da indivisibilidade do regime de bens, princípio da variedade de regime de bens e o princípio da mutabilidade justificada. No que tange ao princípio da variedade de bens, é consagrado pelo Código Civil brasileiro quatro possibilidades de regime: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e o regime da separação de bens. Sendo possível através de pacto antenupcial criar um regime próprio, ou seja, um regime misto mesclando cláusulas dos regimes existentes ou regras de administração de patrimônio definidas pelos consortes. Ressaltando que o regime criado deve obedecer aos

preceitos de ordem pública. Para melhor compreensão do tema, avança-se para a abordagem das características gerais e de maior relevância cada um dos regimes citados acima.

3.1. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Na falta de escolha ou em caso de nulidade do pacto antenupcial o regime que vigorará será o da comunhão parcial de bens que é o regime legal adotado pelo Código Civil 2002². A comunhão parcial de bens passou a ser o regime supletório desde 1977 pelo advento da Lei do Divórcio (Lei 6515/1977). A Regra deste regime, conforme disposto no artigo 1660 do Código Civil é que se comunicam os bens adquiridos a título oneroso durante a constância do casamento e ainda os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. Para Maria Berenice Dias (2015, p.315) “a comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um componente ético: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um.” Assim resta preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento. Mesmo que os consortes tenham escolhido o regime da comunhão parcial de bens, é possível que os mesmos firmem pacto antenupcial para estabelecer regras de como se dará a administração dos bens particulares³.

Neste regime são excluídos da comunhão os bens já pertencentes a qualquer dos cônjuges e os adquiridos durante o matrimônio a título gratuito são os denominados bens incomunicáveis⁴.

² 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.

³ Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

⁴ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

3.2. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Antes do Advento da lei do divórcio – Lei 6515/77, a comunhão universal de bens era considerado o regime legal. Em decorrência deste fato, muitos casais ainda hoje são casados por este regime. Para a sua adoção é necessário que os nubentes firmem pacto antenupcial através do qual fazem disposições a respeito dos efeitos patrimoniais do casamento. No regime da comunhão universal também denominado regime da comunhão total de bens, comunicam-se os bens adquiridos antes e durante a constância do casamento, a título gratuito ou oneroso. Sobre o tema , assim leciona Maria Berenice Dias:

Cada um torna-se titular da metade dos bens que o outro tinha por acasão do casamento. Adquire os bens não as dívidas. Ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança. Os patrimônios se fundem em um só [...]. Cada consorte é titular da propriedade e posse da metade ideal de todo o patrimônio, constituindo-se um condomínio sobre cada um dos bens, dívidas e encargos. Cada cônjuge torna-se meeiro de todo o acervo patrimonial, ainda que nada tenha trazido e nada adquira na constância do casamento. (DIAS, 2015, p.319).

Existem algumas exceções da comunicabilidade dos bens, previstas no artigo 1668 do Código Civil 2002: bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade, e os correspondentes sub-rogados; bens gravados de fideicomisso⁵ e o direito do herdeiro fideicomissário antes de implementada a condição suspensiva, as dívidas anteriores ao casamento, salvo de provierem de despesas com os aprestos ou aquelas que se reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges a outro, com cláusula de incomunicabilidade e os bens referidos nos incisos V a VII do art.1659 do Código Civil: bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho de cada um e pensão em geral.

⁵ Fideicomisso é uma forma de contemplar herdeiros de modo sucessivo (cc 1951 a 1960). O testador escolhe o primeiro herdeiro ou legatário (fiduciário) e já indica um segundo herdeiro (fideicomissário), que irá herdar os bens quando da morte do primeiro beneficiário. A propriedade do fiduciário é resolúvel (extingue-se com sua morte). A propriedade do fideicomissário está sujeita a condição suspensiva- a morte do fiduciário. (DIAS, 2015, p.319).

3.3. PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

O regime da participação final nos aquestos é um regime novo, não previsto anteriormente pelo Código Civil de 1916. Trata-se de um regime misto, regulamentado pelo Código Civil de 2002 nos artigos de 1672 a 1686. Segundo Maria Berenice Dias (2015, p.322) trata-se de regime em que existem bens particulares, bens comuns, patrimônio próprio e os aquestos. Sendo os bens particulares o que cada cônjuge já possuía ao casar e os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade. O patrimônio próprio são os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em seu nome na constância do casamento. Na constância do casamento, cada cônjuge mantém a titularidade e pode administrar livremente seu patrimônio próprio. Os bens comuns são os adquiridos pelo casal na constância do casamento mediante o esforço comum. Os aquestos⁶ levam em conta o patrimônio inicial e o final, somando-se o que foi acrescido por cada um dos cônjuges durante o casamento. Cada cônjuge terá direito a metade dos bens do patrimônio comum e mais a metade do valor do patrimônio próprio do outro, os valores são compensados e divididos entre os dois.

Basicamente, durante o casamento há uma separação total de bens, e no caso de dissolução, do casamento e da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial. Cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço para tanto. (TARTUCE, 2016, p. 181)

Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2012, p.487) aponta que esse regime é próprio para casais empresários, pela liberdade que confere aos cônjuges de administrar livremente na constância do casamento o seu patrimônio próprio, sem afastar a participação nos aquestos por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Embora este regime seja regulamento pelo Código Civil 2002, ele é pouco adotado no Brasil, por se destinar a casais que possuem patrimônio próprio e que ambos os consortes desempenhem atividades econômicas o que não corresponde à realidade da maioria dos brasileiros. O Instituto Brasileiro de Direito das

⁶ Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Famílias – IBDFAM excluiu tal regime do Estatuto das Famílias – Projeto de Lei 470/2013 que tramita no Congresso Nacional, afirmando que tal regime além de não fazer parte da cultura brasileira, potencializa a ocorrência de litígios por transformar os cônjuges em sócios de ganhos futuros reais ou contábeis.

3.3. SEPARAÇÃO DE BENS

A regra deste regime é a incomunicabilidade dos bens adquiridos antes e durante o casamento a qualquer título seja gratuito ou oneroso. O regime da separação de bens se divide em duas categorias: separação convencional cuja escolha se dá puramente pela livre vontade dos consortes através de pacto antenupcial e a separação obrigatória em que a escolha não ocorre pela deliberação dos nubentes e sim por imposição legal: a lei impõe tal regime em função de algumas características específicas dos consortes conforme será abordado a seguir.

3.3.1. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS

Regulamentada pelo Código Civil nos artigos 1687 e 1688, a separação convencional de bens estipula a separação total dos bens dos consortes, de forma que cada um pode administrar livremente seus próprios bens podendo aliená-los ou dar aos mesmos a destinação desejada. Esta é a única hipótese de separação absoluta prevista pelo Código Civil, nesta não haverá a necessidade de outorga conjugal para a disposição dos bens⁷. A escolha deste regime não exime os cônjuges do dever de contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo se estipulado de forma contrária no pacto antenupcial (art.1688), dever que advém do princípio da igualdade entre os cônjuges previsto na Constituição Federal⁸. O Código Civil no artigo 1511 dispõe que o casamento estabelece comunhão pela de vida, diante da escolha deste regime há de se questionar se realmente nesta hipótese há uma plena comunhão de vida.

⁷ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

No regime da separação absoluta os cônjuges unem suas vidas e seu destino, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial. Embora seja marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertencia e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens [...] (GONÇALVES, 2012, p.491).

Na sociedade conjugal em que os consortes optarem por este regime, as questões patrimoniais⁹ serão regidas pela lógica contrária a do regime da comunhão parcial de bens mencionada por Maria Berenice Dias (2015, p.315): o que é meu é meu, o que é teu é teu.

3.3.2. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Este regime conforme o próprio nome sugere, não permite que os consortes deliberem quanto ao regime a ser adotado. A lei impõe o regime da separação bens aos nubentes que se encontram em algumas situações específicas não levando em conta a vontade dos mesmos, situações que estão elencadas no Código Civil 2002, artigo 1641: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; **II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;** III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Sobre o tema, declara Flávio Tartuce (2016, p.142) que como o regime é imposto pela lei, há clara limitação da autonomia privada dos nubentes. Sendo que se eleito por pacto antenupcial regime diverso, tal convenção será nula por infração à norma de ordem pública¹⁰.

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de 70 anos. Sobre o tema, Flávio Tartuce (2016, p.143) questiona: não seria uma intromissão indesejada do Estado na vida privada familiar? Não estaria a imposição do regime fundada em um patrimonialismo exagerado, estando na contramão do que o Direito Civil hoje deseja? Seguindo no sentido de que no Direito Civil Contemporâneo não cabe o retrocesso de suprimir a autonomia privada de quem quer que seja e de que este é um caminho sem volta, o Instituto Brasileiro de Direito das Famílias deseja excluir esta vedação e já fez no projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei- PLS 470/2013) sob a justificativa de ser a imposição além de discriminatória, ato lesivo a dignidade da pessoa humana e ao próprio instituto do casamento no que tange ao princípio da autonomia privada.

⁹ Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

¹⁰ Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Após apresentadas as considerações e características gerais de cada regime, passa-se adiante a análise dos reflexos da imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos e o conflito desta imposição com princípios fundamentais da igualdade, da autonomia privada e também com a tutela da afetividade de forma a tratar a pessoa humana em primeiro plano.

4. A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AOS IDOSOS

O Estatuto do idoso – Lei 10.741/2003 dispõe que o idoso é titular de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana tais como a igualdade e a liberdade. Mesmo diante da garantia por lei de tratamento isonômico, ao tratar do casamento do maior de 70 anos o Código Civil no art.1641 inciso II estabeleceu a imposição do regime da separação obrigatória de bens a estes, enquanto cabe a escolha do regime para as demais pessoas com exceção das pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento e dos que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. Para estas últimas, consegue-se identificar o objetivo da norma: a tentativa de proteção do interesse patrimonial de alguém. Já com relação ao idoso, presume-se uma incapacidade de avaliar os riscos de suas decisões bem como de resguardar seu próprio patrimônio e ainda afasta a afetividade como fundamento de seus relacionamentos. Neste sentido, questiona-se:

Mas será que essa imposição legal condiz com a realidade do nosso tempo e encontra respaldo nos valores da nossa Sociedade? Note-se que a imposição de separação obrigatória de bens ao maior de setenta anos parte de premissas falsas ao presumir que o casamento se dará entre pessoas de idade muito diversas, por provável interesse econômico e que não haverá esforço mútuo para aquisição e preservação do patrimônio do casal. Talvez em algum momento histórico, num passado recente, a norma se justificasse pelas características e realidade de outra época, hoje, entretanto, a sociedade mudou e a família que é a base da sociedade se forma de muitas mais maneiras e de maneiras muito diferentes que há alguns anos atrás (MOREIRA, 2007, P.20).

Segundo Maria Berenice Dias (2015, p.327) das hipóteses em que lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução, se constituiu em verdadeira sanção. A incoerência dessa norma fica ainda mais evidente se levarmos em conta que pessoas com idade superior a setenta anos podem exercer cargos de grande importância para a nação, tais

como Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Juiz de Direito, Desembargador, Ministro de Corte Superior e, no entanto, não poderiam escolher o regime de bens do casamento.

Diante do posicionamento de vários juristas de que a imposição deste regime aos idosos seria inconstitucional, inclusive de juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, conforme Enunciado número 125 do CJE/STJ, alguns tribunais vem criando jurisprudência no sentido de permitir a alteração de regime de bens quando estiver diante de caso concreto da imposição da separação obrigatória de bens ao idoso, conforme previsto no Código Civil¹¹:

“Apelação cível. Procedimento de jurisdição voluntária. Modificação do regime matrimonial de bens. Sentença que declarou extinto o processo por ausência das condições da ação. Legitimidade e interesse para pleitear a respectiva alteração, que encontraria respaldo no art. 1.639, § 2.º, do CC. Matrimônio contraído quando os insurgentes possuíam mais de 60 (sessenta) anos de idade. Separação obrigatória de bens. Pretendida modificação para o regime de comunhão universal. Interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal. Conclusão de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Legislação que, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória. Tratamento diferenciado em razão de idade. Maturidade que, de per si, não acarreta presunção da ausência de discernimento para a prática dos atos da vida civil. Nubentes plenamente capazes para dispor de seu patrimônio comum e particular, assim como para eleger o regime de bens que melhor atender aos interesses postos. Necessidade de interpretar a Lei de modo mais justo e humano, de acordo com os anseios da moderna sociedade, que não mais se identifica com o arcaico rigorismo que prevalecia por ocasião da vigência do CC/1916, que automaticamente limitava a vontade dos nubentes sexagenários e das noivas quinquagenárias. (...)” (TJSC, Apelação Cível 2011).

Contudo este não é um entendimento pacífico entre os tribunais, sendo que alguns tribunais adotam caminho diverso. Os Tribunais que vem decidindo de forma contrária entendem que não há qualquer inconstitucionalidade no inciso II, do artigo 1647 CC e portanto a lei deve ser aplicada sem qualquer ressalva.

Agravo. Alteração de regime de bens. Cônjuge com mais de 70 anos. Impossibilidade. I - cabível o julgamento na forma do art. 557 do CPC, em face do entendimento da câmara sobre a matéria. II - não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do CC, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade. Recurso desprovido. (Agravo nº 70053128088, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator: Liselena Schifino, julgado em 27/02/2013).

¹¹ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (...).

§ 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.

4.1. SÚMULA 377 DO STF – RELATIVIZAÇÃO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

Em razão da separação total obrigatória, o STF em 1964 editou a Súmula 377¹² que trata a separação total obrigatória como o regime da participação final nos aquestos. Pode-se equivocadamente num primeiro momento pensar que a súmula resolve os problemas criados pelo legislador quando interferindo na vida privada e retirando a autonomia dos consortes resolveu impor o regime da separação obrigatória para determinadas pessoas. Ocorre que Súmula não resolve a questão da limitação da autonomia privada na escolha do regime de bens, ela apenas abre espaço para que os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória tentem pleitear judicialmente a meação do patrimônio adquirido na constância do casamento. Este pleito poderá ou não ser acatado pelo juiz visto que não há um entendimento pacificado entre os tribunais a respeito da meação do patrimônio no aspecto que passa-se a analisar.

Alguns tribunais decidem no sentido de que a meação somente é cabível mediante prova do esforço comum de ambos os consortes na aquisição dos bens sobre o qual é pedida a meação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Inventário - Casamento - Separação obrigatório de bens - partilha - obediência a SÚMULA 377 DO STF - bens adquiridos posteriormente ao matrimônio - ausência de comprovação - recurso não provido.
 1. Por força da Súmula nº 377 do STF, que dispõe: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", conclui-se que, se a relação jurídica de aquisição de bens que se pretende partilhar se concretizou durante o casamento, faz jus o cônjuge supérstite a meação.
 2. Não obstante, em virtude da ausência comprovação quanto à época em que os bens foram adquiridos, se em momento anterior ou posterior ao matrimônio, não há como determinar a partilha do referido patrimônio.
 3. Recurso ao qual se nega provimento.
 AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0701.14.033848-7/001 - COMARCA DE UBERABA - AGRAVANTE(S): ROSANGELA DE PAIVA RESENDE ROMEIRO - AGRAVADO (A) (S): ESPÓLIO DE ALVARO ROMEIRO FILHO REPDO (A) PELO (A) INVENTARIANTE MARCELO DE SOUZA LOPES ROMEIRO.

Já outros tribunais decidem no sentido de que o casamento por si só já demonstra o ânimo dos cônjuges de constituírem comunhão plena de vida e que se assim não fosse decidido acarretaria o “locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro” (DIAS, 2015, P.331).

¹² Súmula 377 STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Agravo de Instrumento - Inventário - Nubente maior de sessenta anos - Óbito anterior a 2010 - Pacto antenupcial de separação convencional de bens - Distrato posterior - Casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens – Art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 - Cônjuge-virago - Exclusão da sucessão - Inviabilidade - Enunciado **377** da Súmula do Supremo Tribunal Federal - Aplicação - Recurso a que se nega provimento.

1 - No regime de separação obrigatória de bens, o cônjuge supérstite somente figurará como herdeiro na ausência de descendentes, resguardado, todavia, seu direito à meação do patrimônio amealhado por esforço comum na constância do matrimônio, conforme entendimento firmado no Enunciado **377** da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF).

2 - O cônjuge supérstite tem legitimidade para figurar como inventariante do espólio dos bens do cônjuge falecido, devendo ser mantido no múnus, salvo ocorrência de alguma das hipóteses do art. 622, do Código de Processo Civil de 2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO 1.0461.13.004086-2/001 - COMARCA DE OURO PRETO - 2ª VARA CÍVEL - AGRAVANTE: WILLY HAMAM FALKENHEIN - AGRAVADA: MARILIA VASCONCELOS DE SOUZA INVENTARIANTE DO ESPÓLIO DE FRANK ULRICH HELMUT FALKENHEIN.

Nota-se pelo enunciado da Súmula em questão que o Estado tentou minimizar as consequências causadas àqueles a quem impôs o regime da separação obrigatória. Porém, mais uma vez fica explícito o tratamento diferenciado e discriminatório destinado aos idosos: para obter direito aos bens que concorreu para a obtenção durante uma convivência que muitas das vezes perdurou por anos e anos, terão que se valer da prestação jurisdicional do Estado ao passo que, nada disso seria necessário se a liberdade de escolher o regime de bens não lhes tivesse sido suprimida.

5. A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da autonomia da vontade deu origem ao da autonomia privada, sendo que este primeiro nasce da liberdade do indivíduo capaz de contratar, ou seja, a exteriorização da própria vontade dos indivíduos envolvidos, sendo que o pactuado fazia lei entre as partes e deveria ser obrigatoriamente cumprido¹³ sem relativizações. A regra era a liberdade quanto ao conteúdo contratual, salvo se comprovado vício de consentimento. Tal princípio de caráter patrimonialista continua presente, mas foi relativizado pelos princípios sociais dos contratos, pelos bons costumes e pela ordem pública daí surge o **princípio da autonomia privada**, evoluindo-se assim de uma visão patrimonialista para uma visão de que a pessoa humana é centro.

¹³ Princípio Pacta Sun Servanda

O princípio da autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, é o direito dos indivíduos auto-regulamentarem seus próprios interesses no âmbito das relações privadas. Os interesses são particulares e seu exercício é a manifestação da liberdade que deve ser garantida pelo Estado. Neste sentido Francisco Amaral (2008, p. 213) conceitua:

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do direito privado, numa esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. (Amaral 2008, p. 213)

O instituto do Direito das Famílias vem sofrendo inúmeras modificações nos últimos tempos de forma a cada vez mais tutelar a autonomia privada nos institutos do Direito de Família tanto na seara patrimonial quanto na extrapatrimonial. Tais inovações indicam a constitucionalização do Direito Civil de forma a abrir espaço para os indivíduos e suas escolhas, são exemplos: tutela da união homoafetiva, estatuto da decisão apoiada¹⁴, paternidade socioafetiva entre outros. Diante disto, a entidade familiar vem assumindo seu verdadeiro papel de núcleo essencial para a formação e realização dos indivíduos, o que indica que não há como concretizar a dignidade humana sem que no âmbito da vida privada as pessoas tenham autonomia para tomarem suas próprias decisões com a menor intervenção possível do Estado.

A autonomia privada encontra suas limitações nos chamados interesses de ordem pública, onde estes se sobrepõem aos interesses individuais e condicionam a manifestação da vontade às leis imperativas. Segundo Maria Berenice Dias (2015, p.68), interesse de ordem pública teria sua nascente no interesse público de forma a implementar estes interesses no âmbito da vida social, objetivando manter a ordem e a paz social.

A grande questão aqui analisada é: sendo a escolha do regime de bens ato que se refere à esfera particular e a intimidade do indivíduo, cabe intervenção do Estado de forma a limitar a liberdade de escolha dos cônjuges? Não seria esta limitação um exagerado patrimonialismo e uma afronta ao princípio da autonomia privada? Passa-se a esta análise.

¹⁴ Lei no 13.146/2015 – A nova perspectiva da legislação processual é a preocupação com a dignidade da pessoa humana

5.1. A AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

No que tange a limitação da autonomia privada, o Código Civil Brasileiro dispõe que a função social¹⁵ é o limite para a liberdade de contratar¹⁶, conforme abordado acima, esta limitação é necessária quando envolver interesses de ordem pública, o Estado resguarda os interesses coletivos diante de contratos particulares.

O casamento por sua vez, no que tange a escolha do regime de bens é norma de ordem privada e se relaciona especificamente com patrimônio do casal. Como pode então o Estado impor vedação de forma que os maiores de 70 anos (inciso II do art. 1641 do Código Civil) não possam escolher o regime de bens, já que estamos falando de exclusivamente das regras que serão aplicadas ao patrimônio particular destes e que nada interferirá na ordem pública e nos interesses coletivos? Essa vedação é um paradoxo a um dos mais importantes princípios contratuais: o da autonomia privada. Também neste mesmo sentido, o artigo 1513¹⁷ do código Civil 2002 dispõe sobre o princípio da não intervenção nas relações familiares. Trata-se aqui da consagração da autonomia no que se refere a decisões que possuem caráter eminentemente privado nas relações familiares e consequentemente da “proibição de qualquer pessoa seja de direito público ou privado intervir ou interferir nas relações familiares”. (TARTUCE, 2017, p. 49).

Extraí-se, portanto deste princípio que como a escolha do regime de bens não resulta em nenhuma lesão ou ameaça a ordem pública não caberia a imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos. A jurisprudência tem apontado que a restrição é incompatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da intimidade.

No entender de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 466) “melhor seria se o Código Civil tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção [...]”.

¹⁵ A função social impõe que os contratos não sejam fonte de desigualdades, injustiças, desproporções e de desequilíbrios.

¹⁶ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁷ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Neste mesmo sentido, dispõe Paulo Luiz Netto Lobo (2009, p. 302):

A hipótese é atentatória ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente é inconstitucional.

Grande parte dos doutrinadores ao abordarem sobre o tema consideram que a restrição é inconstitucional e que não há justificativas legais e nem morais para tal. Consideram ainda que a idade por si só não é parâmetro para se concluir que a pessoa não pode exercer a autonomia a ela conferida pela lei, conforme Silmara Chinelato (2004, p. 290-291): “A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.”.

Assim sendo, o Projeto de Lei do Senado nº 209/2006 almejou a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil e o fez sob os seguintes argumentos:

Tal imposição de regime de bens é não apenas uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se arguido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X, e ao art. 226, do qual emerge o princípio da liberdade de constituir entidade familiar. (PL do Senado nº 209/2006)

O projeto de Lei acima foi arquivado em 2011, mas seguindo a mesma linha, encontra-se tramitando em tramitação, o Estatuto das Famílias, Projeto de Lei 470/2013, que se encontra na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (Secretaria de Apoio à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa) na fase de audiência pública. Este projeto objetiva excluir a imposição do regime da separação aos maiores de 70 anos, o que o resultará em um tratamento pautado pelos princípios constitucionais da dignidade humana, garantindo, portanto a liberdade e a igualdade.

6. RESTRIÇÃO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Na perspectiva constitucional, o Direito de Família e todos os seus institutos vem sofrendo grandes transformações: um novo direcionamento apontando no sentido de valorização do afeto e de todos os vínculos que surgem de sua manifestação.

Buscar-se-á analisar o direito de família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, o Direito de família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade (TARTUCE, 2016, p.5).

Embora não seja um princípio explícito na Constituição Federal, a doutrina e jurisprudência vêm cada vez mais consolidando o entendimento de que todos os outros princípios tais como: solidariedade familiar, igualdade entre cônjuges e companheiros, função social da família dentre outros, perpassam pelo afeto. Flávio Tartuce (2016, p.23) assevera que “o afeto talvez seja apontado atualmente, como o principal fundamento das relações familiares”.

Ao tratar do casamento das pessoas maiores de 70 anos e impor um certo regime de bens aos mesmos, o legislador não somente afronta a dignidade dos consortes no que diz respeito à liberdade e igualdade quanto desconsidera o afeto existente naquele relacionamento. Em sentido contrário, a jurisprudência vem demonstrando a valorização do afeto como elemento primordial no estabelecimento do vínculo familiar, vínculo este que por vezes supera o próprio vínculo biológico, o que pode ser confirmado ao examinar, por exemplo, as várias decisões de reconhecimento de paternidade sócio afetiva.

Ao impor o regime da separação obrigatória aos maiores de 70 anos sob a justificativa de proteção, o legislador pressupõe que todo relacionamento que envolve idosos se funda em interesses patrimoniais e não verdadeiramente no afeto entre os envolvidos. Como se ao atingir um determinado patamar etário as pessoas se tornassem imunes aos sentimentos decorrentes do afeto e ainda, como se a experiência de vida as tornassem incapazes de constituir uma família baseada em vínculos de afeto, respeito e com o ânimo de comunhão plena de vida. Nota-se que neste ponto mais uma vez há uma supervalorização da proteção do patrimônio do idoso deixando-se de tutelar a pessoa humana e seus sentimentos em primeiro plano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do casamento é pautado por princípios e entre eles consta a variedade de regime de bens. No tocante a esta variedade, o Código Civil no artigo 1639 dispõe que os nubentes podem estipular quanto aos seus bens o que lhes for conveniente, neste ponto a legislador garante a liberdade de escolha dos efeitos patrimoniais decorrentes do casamento. Mais adiante no artigo 1641 o legislador define que a variedade de regime de bens não será aplicada para algumas pessoas, que obrigatoriamente terão que se submeterem a um regime pré-estabelecido, entre elas, no inciso II deste artigo encontram-se os maiores de 70 anos.

A Constituição da República fundamentada no princípio da dignidade humana preza pela observância da tutela tanto da liberdade quanto da igualdade, sendo a dignidade humana o um dos principais limitadores da atuação Estatal na esfera particular dos indivíduos. A autonomia na vida íntima e privada deve ser uma garantia e não somente uma abstração.

A escolha do regime de bens é um componente de âmbito privado e que na teoria caberia aos consortes escolherem seus efeitos. Neste ponto cabe questionar: A imposição do regime da separação obrigatória aos maiores de 70 anos não seria uma afronta aos pressupostos da autonomia privada? Através do desenvolvimento deste trabalho percebe-se que sim, tal afronta é explícita quando o legislador impõe para certas pessoas a renúncia da liberdade de escolha, intervindo na vida particular destas e lhes retirado assim a sua autonomia. Ainda neste ponto, é explícito também o tratamento discriminatório destinado aos idosos, como se não fossem sujeito dos mesmos direitos que os mais jovens, além de deixar implícito que sua experiência de vida (idade) seja sinônimo de incapacidade para tomar decisões e avaliar os riscos inerentes às mesmas, bem como incapacidade para preservar seus bens.

Percebe-se também que esta imposição é fruto de um patrimonialismo exagerado onde a pessoa humana é deixada em segundo plano em detrimento da conservação e proteção de seu patrimônio.

Outro ponto é a questão da não tutela da afetividade quando idosos resolvem constituir família através do Casamento. Ocorre que com as grandes transformações que vem sofrendo o Direito das Famílias, o afeto vem se destacando como um dos mais importantes fundamentos das entidades familiares. Ao manter a imposição de certo regime de bens aos idosos,

continuaría o legislador deixando estas pessoas à margem de um tratamento isonômico e também se contrapondo ao que vem consolidando a doutrina e jurisprudência brasileira: primazia da autonomia privada, valorização do afeto e a pessoa humana como o centro nas relações familiares.

Conclui-se, portanto que a imposição do regime da separação obrigatória conflita com o princípio da autonomia privada e com a tutela da afetividade. A idade por si só não pode ser considerada elemento limitador da liberdade dos indivíduos, o que aponta a necessidade de uma reanálise deste assunto pelo legislador e a consequente alteração do Código Civil no que tange a exclusão da imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 Anos.

O legislador deve e precisa proteger aqueles que se encontram em situações de hipossuficiência ou de vulnerabilidade, mas isto deve ser realizado mediante a análise de cada caso concreto, de forma que a imposição do regime da separação aos idosos seja a exceção e não a regra. Se assim não o fizer, resta caracterizada a “intromissão” do Estado na vida privada dos indivíduos, o que incontestavelmente fere a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABDON, Ca rime Miranda. *A inconstitucionalidade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 154, nov 2016. Disponível <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18168&revista_caderno=14>. Acesso em 14 novembro 2017.

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTO, Lindajara Ostjen. *O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambitoJuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6119> Acesso em 14 novembro 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIA, Clarissa Silva; ROCHA, Paulo Henrique Borges. *A impossibilidade de escolha do regime de bens aos nubentes maiores de 70 anos*. Disponível: <https://www.fdsu.edu.br/graduacao/arquivos/nucleo_de_pesquisa/iniciacao_cientifica/anais_2015/resumos/02.pdf>. Acesso em: 24 de agosto de 2017.

FIUZA, César. *Diretrizes hermenêuticas do direito de família* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/10.pdf> Acesso em: 29 de outubro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* - volume 6: Direito de Família. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

IBDFAM: *Os limites da intervenção do Estado na vida privada* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4652/Os+limites+da+interven%C3%A7%C3%A3o+do+Estado+na+vida+privada> Acesso em 29/10/2017.

IBDFAM: *Estatuto das Famílias.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/legislacao/projetos-de-lei> Acesso em 29/10/2017.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Volume 5: Direito de Família. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil.* Volume 5: Direito de Família. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares.* Disponível em http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.html. Acesso em 29/10/2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do Feto.* Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/1156/X%20Congresso%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia/>. Acesso em 29/10/2017.