

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Érica Elisa Bombana da Silva

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL
DE BENS AOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS: UMA
ANÁLISE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA
NORMA

Passo Fundo

2017

Érica Elisa Bombana da Silva

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL
DE BENS AOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS: UMA
ANÁLISE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA
NORMA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da Professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Passo Fundo

2017

Dedico este trabalho de conclusão de curso a todos que me apoiaram nesta jornada, ela não seria possível sozinha. *“Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vem acompanhado, com certeza vai mais longe”*. (Clarice Lispector)

Agradeço a minha orientadora Marlova Stawinski Fuga, pela inestimável orientação para a elaboração deste trabalho.

A banca examinadora, pela participação na minha apresentação e pelas contribuições.

Aos meus familiares, pelo amor, compreensão e por estarem sempre ao meu lado.

A todos aqueles que, de alguma maneira me incentivaram a chegar até aqui.

Aos amigos e colegas, que me apoiaram durante esta caminhada.

A aqueles que já partiram deste plano.

RESUMO

A constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002 é a temática que norteia o presente ensaio. Aborda-se a pessoa do idoso, sua evolução histórica e atuação na sociedade, bem como os direitos que lhes são assegurados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso. Também são tratados conceitos sobre casamento e os regimes de bens existentes na legislação brasileira, em específico o regime da separação legal ou obrigatória de bens imposta aos maiores de 70 (setenta) anos. Na segunda parte da divisão do tema têm-se definições sobre norma, princípios e regras, para melhor compreensão do todo que é tratado. A Constituição Federal entende que todos são iguais perante a lei, sendo defeso qualquer tipo de discriminação, seja em razão da raça, religião, cor ou idade. Além disto, o homem deve ser tratado com dignidade, pois sem esse tratamento justo, não há Estado Democrático de Direito. Em relação à liberdade, a Constituição Federal também assegura a livre iniciativa das partes, sendo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da sua vontade. Por fim aborda-se a inconstitucionalidade da norma, apresentando algumas posições atuais, sejam elas no plano legislativo, doutrinário ou jurisprudencial. Conclui-se que o dispositivo legal do Código Civil é inconstitucional, pois o mesmo não acompanha a evolução do Direito, atuando em desconformidade com os princípios constitucionais, e, consequentemente violando os direitos dos idosos, tratando-os discriminatoriamente.

Palavras-chave: Casamento. Idoso. Inconstitucionalidade. Princípios Constitucionais. Separação legal ou obrigatória de bens.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art	Artigo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
STF	Supremo Tribunal Federal
PL	Projeto de Lei
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSE	Tribunal de Justiça do Sergipe

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O IDOSO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, SEUS RESPECTIVOS DIREITOS E O INSTITUTO DO CASAMENTO	10
2.1	A população idosa: a evolução histórica e sua atuação na sociedade	10
2.2	Os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso	12
2.3	O casamento e a análise de seus respectivos regimes patrimoniais	15
3	ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À MATÉRIA	22
3.1	O princípio da igualdade	25
3.2	O princípio da dignidade da pessoa humana	27
3.3	O princípio da liberdade ou autonomia da vontade	30
4	A INCONSTITUCIONALIDADE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL OU OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS: UMA ANÁLISE LEGISLATIVA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	33
4.1	Plano legislativo	33
4.2	Plano doutrinário	37
4.3	Plano jurisprudencial	41
5	CONCLUSÃO	44
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Os princípios fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988 estão entre as bases do ordenamento jurídico atual. Toda lei que esteja em desacordo com a Constituição Federal, deve ser declarada como inconstitucional.

O presente trabalho irá discorrer sobre o texto contido no inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe que para as pessoas que contam com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, será imposta a adoção do regime da separação legal ou obrigatória de bens. Diante disto, será analisada a constituição da norma, que teve sua primeira redação no Código Civil de 1916, e quais as motivações adotadas pelo legislador na edição da mesma.

Sabe-se que no ordenamento jurídico pátrio, o Direito de Família é de suma importância, pois vem reger as relações familiares e sua atuação na sociedade atual. Além disto, sabe-se que o Direito de Família é um ramo do Direito Privado, não devendo o Estado intervir nas relações particulares, muito menos coagir as partes, limitando sua liberdade de escolha.

Contudo, a regra contida no inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, estabelece um controle desnecessário quanto à vontade e disposição patrimonial daquelas pessoas maiores de 70 (setenta) anos, formando uma forte ofensa aos princípios constitucionais tutelados como da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade. A ofensa acaba gerando situações de discriminação ao idoso, presumindo-o como sujeito incapaz de exercer completamente determinados atos da vida civil.

Em que motivos o legislador se baseou para vedar a livre escolha dos nubentes quanto à questão patrimonial que irá gerenciar o casamento? Tal restrição pode imperar independente de mostrar total desconformidade com os princípios da Constituição Federal?

Tal restrição não atua em conjunto com a evolução do Direito, com o Direito de Família, muito menos com melhora na expectativa de vida ocasionada pelo avanço da medicina.

O presente trabalho irá abordar, em primeiro lugar, a pessoa do idoso, sua evolução e atuação na sociedade, bem como os direitos que lhes são assegurados na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso. Serão apontados dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em relação ao aumento da parcela anciã brasileira, bem como o que pode se esperar nos próximos anos.

Será conceituado o instituto do casamento e será realizada uma breve análise dos regimes de bens utilizados no Direito de Família, demonstrando as peculiaridades de cada um, com ênfase no regime objeto do presente trabalho: o regime da separação legal ou obrigatória de bens, imposto para maiores de 70 (setenta) anos. Sabe-se que a escolha pelo regime de bens irá reger a questão patrimonial do casal na constância do casamento e sua eventual dissolução, seja pela morte de algum dos consortes ou pelo divórcio. *A priori* as partes têm o direito de livre escolha quanto ao regime de bens, porém, essa livre escolha, se encontra violada pelo texto contido no atual Código Civil.

Também serão dados conceitos entre normas, princípios e regras e aprofundados os princípios constitucionais tutelados da igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade ou autonomia da vontade. Sabemos que, no ordenamento jurídico atual, é dever do Estado, assegurar que todos são iguais perante a lei, dando-lhes tratamento digno e livre escolha nos assuntos que lhes são particulares. Entretanto, nem sempre a vontade das partes é respeitada, sendo visível a discriminação que sofrem os septuagenários em virtude de suas idades.

Abordar-se-á alguns posicionamentos nos planos legislativo, doutrinário e jurisprudencial acerca da constitucionalidade contida no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

No plano legislativo, serão analisados projetos-leis relacionados ao tema, alguns arquivados e outros em tramitação, sem decisão definitiva da questão. Parte dos legisladores entende que tal norma constitui afronta a princípios constitucionais, não sendo merecedora de manutenção no ordenamento jurídico em que estamos inseridos.

No plano doutrinário, serão demonstradas algumas posições dos doutrinadores brasileiros, separados pelas correntes majoritárias e minoritárias. Parcela dos doutrinadores opta pela manutenção da norma em virtude de ser medida protetiva. Já a outra parcela, entende que tal medida é um meio punitivo, uma forma de intervenção estatal, não constituindo proteção, mas sim um castigo decorrente da idade mais avançada.

No plano jurisprudencial, serão abordados julgamentos realizados pelos Tribunais brasileiros. A análise dos planos supramencionados se faz necessária para concluir a constitucionalidade ou não da norma constante no dispositivo do Código Civil, imposta aos maiores de 70 (setenta) anos.

Busca-se demonstrar as mudanças ocorridas na sociedade ao longo dos anos, bem como a visão que o Estado tem em relação aos destinatários do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil.

Para a elaboração do presente trabalho, quanto à sua metodologia, faz-se a opção pelo

método dedutivo. Tal escolha se justifica, pois o método permite um caminho do geral para o particular, ou seja, analisar-se-á a sociedade como um todo, para por fim, fazer uma análise da constitucionalidade da norma em cada caso particular. A técnica da pesquisa será a bibliográfica, utilizando exclusivamente publicações, obras e livros que versem sobre o assunto, bem como artigos científicos que tornem mais eficaz a pesquisa.

2 O IDOSO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, SEUS RESPECTIVOS DIREITOS E O INSTITUTO DO CASAMENTO

Aborda-se o tema da vedação à escolha de regime de bens para idosos; nas linhas seguintes se verá o modo como a norma trata os maiores de 70 (setenta) anos e a evolução dos direitos assegurados a eles, bem como sua participação na sociedade quanto cidadão e titular de direitos e deveres. Será abordado também, o instituto do casamento e os respectivos regimes patrimoniais existentes.

2.1 A população idosa: a evolução histórica e sua atuação na sociedade

Segundo pesquisas do IBGE, o nível populacional que abrange a pessoa idosa vem crescendo cada vez mais. Na pesquisa “Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil”¹, realizada pelo órgão, foi possível constatar que em 10 (dez) anos, a proporção de idosos, com idade entre 60 (sessenta) anos ou mais, passou de 9,8% para 14,3%.

Ainda, destaca-se que o número de idosos entre 2001 e 2011 dobrou, passando de 15,5 milhões para 23,5 milhões. Aponta a projeção do IBGE para os próximos vinte anos, uma população de 30 milhões de pessoas idosas, o que deverá representar no ano de 2050 cerca de 19% da população brasileira (BRAGA, 2011, p. 20).

Além disto, as Projeções das Nações Unidas alegam que no ano de 2012, cerca de 810 milhões de pessoas possuíam 60 (sessenta) anos ou mais, constituindo 11,5% da população global². Ou seja, a fração da população idosa cresceu consideravelmente nos últimos anos, e irá continuar a crescer cada vez mais.

O crescimento da população idosa que vem sendo observado é decorrente de vários fatores influenciadores, dentre eles: as taxas de natalidade reduzidas e a expectativa de vida, em que idosos estão vivendo mais devido o avanço da medicina, que atua fortemente como um solidificador dessas estatísticas, combatendo doenças que antigamente não possuíam cura.

Por mais que haja tal crescimento na fração populacional que abrange os idosos, poucas foram as leis que regulamentaram sua atuação e direitos perante a sociedade, sendo o

¹ GOVERNO DO BRASIL. *Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil, por Portal Brasil com informações do IBGE*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/em-10-anos-cresce-numero-de-idosos-no-brasil>>. Acesso em: 15/08/2017.

² MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Pessoa idosa. Dados estatísticos*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/dados-sobre-o-envelhecimento-no-brasil>>. Acesso em: 15/08/2017.

texto do artigo 121, § 1º, alínea h da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934³, o primeiro que regulamentou e mencionou a necessidade de considerar a pessoa idosa, sujeita de direitos, dispondo sobre a contribuição previdenciária do empregador, para quando chegarem a velhice (FREITAS JÚNIOR, 2015, p. 2).

Posteriormente, veio a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, na qual citou um artigo relacionado à pessoa idosa. Já o artigo 157, inciso XVI da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946⁴, dispôs tão somente, e novamente, sobre a previdência social. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 ratificou o texto previsto na legislação anterior, sem fazer nenhuma mudança relevante (FREITAS JÚNIOR, 2015, p. 2).

Assim, conforme destaca Roberto Mendes de Freitas Júnior: “forçoso concluir, pois, pela total indiferença do legislador brasileiro, ao longo da história do país, com os direitos e garantias da pessoa idosa” (2015, p. 2). Segundo o autor, o legislador demonstrou total desprezo à pessoa idosa, prevendo dispositivos legais superficiais a eles, em que discorrem brevemente sobre a condição do idoso.

Diante da necessidade de uma previsão mais específica acerca dos direitos dos idosos, que até então era minguada, em 04 de janeiro de 1994, foi promulgada a Lei nº 8.842/1994, instituindo então, a “Política Nacional do Idoso”, visando conceder-lhes autonomia e efetiva participação na sociedade. Mais tarde, foi criado o “Conselho Nacional dos Direitos do Idoso”, por meio do Decreto nº 4.227, de 13 de maio de 2002, e, a Lei nº 10.741/2003, de 1º de outubro de 2003, a qual foi chamada de “Estatuto do Idoso”, entrando em vigor no mês de janeiro do ano de 2004, dispondo sobre diversos direitos assegurados à parcela anciã da sociedade brasileira.

Diante disso, conforme entendimento de Roberto Mendes de Freitas Júnior, o Estatuto do Idoso:

Trata-se, na verdade, de verdadeiro microssistema jurídico, vez que regulamenta todas as questões que envolvem a pessoa idosa, tanto no aspecto do direito material como no tocante ao direito processual ou substantivo. Em outras palavras, o Estatuto do Idoso consolidou a matéria jurídica relativa aos direitos e garantias do cidadão idoso (2015, p. 3).

³ Art 121: A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; [...].

⁴ Art 157: A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências [sic] da doença, da velhice, da invalidez e da morte; [...].

Ou seja, veio para conferir um tratamento mais digno aos idosos, por meio do tratamento especial oferecido por ele.

Tratando-se da questão específica que envolve a escolha do regime patrimonial, originalmente, o artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002⁵, previu a imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens para pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, e, posteriormente a faixa etária aumentou em 10 (dez) anos, em virtude da alteração dada pela redação do artigo 1º, da Lei nº 12.344 de 2010⁶, em que tal imposição passou a ser para pessoas com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata também da questão do idoso, solidificando o Estatuto, amparando-o. No próximo tópico, será realizada uma análise mais detalhada acerca dos direitos garantidos aos idosos nessas duas leis.

2.2 Os direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁷ possui um rol exemplificativo de fundamentos, em que assegura aos seus cidadãos, o direito de gozar dessas prerrogativas, definindo a forma como os brasileiros devem ser tratados, visto que são cidadãos detentores de direitos e obrigações.

Sendo assim, é dever do Estado, prever tais direitos e assegurar que os mesmos estejam ao alcance de todos, conforme preceitua Rodrigo César Rebello Pinho:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes (2015, p. 97).

E ainda, segundo entendimento de Pérola Melissa Vianna Braga:

⁵ 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.

⁶ Art 1º: O inciso II do caput do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.641. II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

⁷ Art 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Entende-se por direitos fundamentais aqueles direitos inerentes à própria condição humana, ou melhor, o conjunto de prerrogativas e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. São núcleos invioláveis de uma sociedade política, sem os quais esta tende a desaparecer (2011, p. 61).

Segundo a autora, os direitos fundamentais estão diretamente ligados à natureza humana, e sem eles, seria impossível uma convivência social, pois os direitos e garantias são a base que norteia as relações interpessoais.

Ora, a Constituição Federal de 1988 é o marco inicial para uma mudança drástica na trajetória de como a lei levava os direitos garantidos aos idosos, e, de acordo com Flávia Piva Almeida:

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fisionomia ao Estado brasileiro, uma vez que não somente o consagrou democrático, mas também ressaltou o seu caráter essencialmente social, ao fundá-lo em valores como a dignidade humana e a cidadania, que irradiarão sobre todo o ordenamento. Esse novo modelo de Estado tem a tarefa fundamental de superar as desigualdades, não apenas econômicas e sociais, mas também aquelas ocasionadas em razão de raça, cor, sexo, condições físicas e de idade (2016, p. 30-31).

Além dos fundamentos garantidos no artigo 1º, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988⁸ ainda prevê os objetivos fundamentais da Constituição Federal, em que é vedada a discriminação em razão da idade.

Segundo Ana Claudia Paes Witzel e Maria Amalia de Figueiredo Pereira Alvarenga, analisando a previsão constante no artigo 229 da Constituição Federal de 1988⁹, observa-se que a mesma proteção dada à criança e ao adolescente é garantida ao idoso, quando o texto se refere ao amparo que deve ser dado a eles na velhice (2013, p. 53).

Já o *caput* do artigo 230 da Constituição Federal de 1988¹⁰, fica demonstrada a obrigação do Estado e da sociedade na proteção ao idoso, visto a vulnerabilidade da população mais velha, fortificando o direito à dignidade que lhe é garantido no texto da lei.

Não se pode olvidar que o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, entrou em vigor no mês de janeiro do ano de 2004, e dispôs sobre regras aplicadas aos idosos, como o próprio

⁸ Art 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁹ Art 229: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

¹⁰ Art 230: 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.

nomen iuris dado à lei, assim, tal legislação atua em consonância com a Constituição Federal, com o intuito de proteger e conceder tratamento digno a essa parcela da população (LEITE, 2016, p. 31).

Na legislação brasileira, idoso é aquele que possui 60 (sessenta) anos ou mais, conforme consta no artigo 1º do Estatuto do Idoso¹¹. Ainda, também segundo entendimento de Flávia Piva Almeida Leite, o Estatuto do Idoso, vem com a mesma finalidade do Estatuto da Criança e do Adolescente, porém voltado à população mais velha, em que somado ao texto constante na Constituição Federal de 1988, dá um significado mais específico às brechas trazidas pela legislação:

Cabe esclarecer que o Estatuto do Idoso incorporou e reafirmou em seu texto a doutrina da *proteção integral*, antes já utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Encontraremos ao longo do texto legal dispositivos que vêm para suprimir as deficiências sofridas pelos idosos no âmbito político e social (2016, p. 31, grifo do autor).

O idoso frui dos mesmos direitos e deveres que qualquer outro cidadão, devendo ser tratado de forma igualitária, reservando-se iguais direitos no que tange a lei específica que trata o Estatuto do Idoso (BRAGA, 2011, p. 63).

O Estatuto veio para assegurar aos maiores de 60 (sessenta) anos, o pleno exercício e resguarda dos seus direitos, garantindo sua participação efetiva na sociedade (LEITE, 2016, p. 33).

Ainda, segundo entendimento de Paulo Roberto Barbosa Ramos:

Os comandos registrados no Estatuto do Idoso – consoante os quais as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos têm direito à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, a alimentos, à saúde, à assistência social, à habitação, ao transporte – não são suficientes para garantir concretamente esses direitos. Se as pessoas idosas não tiverem consciência de que esses direitos existem e que as autoridades e demais cidadãos devem agir no sentido de afirmá-los de nada terá adiantado todo o esforço para sua elaboração e vigência. A lei por si só, como se tem visto, não é capaz de mudar a realidade. Ela necessita da disposição de todos no sentido de cumpri-la (2014, p. 161).

Desta forma, não basta apenas ficar disposto no texto da lei os direitos que são assegurados aos idosos, é necessário que o Estado atue como garantidor desses direitos, que a sociedade seja capaz de cumprir o que a lei determina e que os detentores desses direitos, os idosos, possam exigir a sua efetivação.

¹¹ Art 1º: É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

O Estado, sendo garantidor desses direitos irá trabalhar em conformidade com o texto constitucional e os princípios decorrentes dele, assegurando uma previsão e aplicação justa da lei. Uma vez que o idoso atua como participante ativo da sociedade, seria injusta a aplicação diferenciada da lei para prejudicar-lhe.

Adiante, serão analisados os regimes patrimoniais permitidos pela atual legislação, com ênfase especial ao regime tema do presente trabalho, o regime da separação legal ou obrigatória de bens, imposto aos maiores de 70 (setenta) anos.

2.3 O casamento e a análise de seus respectivos regimes patrimoniais

No presente tópico, será feita uma análise dos regimes patrimoniais adotados na atual legislação, os quais norteiam a constituição do casamento, bem como sua extinção, seja em decorrência da morte de um dos consortes ou do divórcio.

O casamento, segundo Flávio Tartuce “pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto” (2017, p. 47).

Desta forma, o casamento é uma união espontânea entre duas pessoas, as quais formam o chamado vínculo conjugal e constitui uma base do Estado, em que as relações familiares são essenciais para a organização social. É uma instituição familiar que goza de proteção estatal.

Ainda, segundo, Sílvio de Salvo Venosa:

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc (2017, p. 26).

Levando em consideração o que conceituam os autores acima mencionados, resta claro que o casamento é a união entre duas pessoas, com o intuito de constituir família, em um ambiente comum de convivência, baseados nos laços de afeto e deveres recíprocos, como da fidelidade e a coabitação.

Para Carlos Roberto Gonçalves “casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano” (2017, p. 36-37).

No que tange a natureza jurídica do casamento, não há uma pacificação a respeito, pois existem várias concepções mencionadas na doutrina. Carlos Roberto Gonçalves cita a concepção clássica, que “considerava o casamento civil, indiscutivelmente, um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes”, e também cita a concepção institucionalista, em que “para essa corrente o casamento é uma “instituição social”, no sentido de que reflete uma situação jurídica cujos parâmetros se acham preestabelecidos pelo legislador”. Em meio a tantas concepções divergentes sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves cita também, outra concepção, de natureza eclética/mista “que considera o casamento ato complexo, ao mesmo tempo contrato e instituição” (2017, p. 40-41).

Flávio Tartuce, também cita as teorias institucionalista, contratualista e mista ou eclética, mas é adepto a terceira, em que é “melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição” (2017, p. 50).

Diante de tais conceitos, entende-se que o casamento é, de fato, um contrato, pois é norteado pela vontade das partes, mas não deixa de ser uma instituição, pois o legislador já predefiniu os parâmetros que serão utilizados quanto às normas que regularão a instituição, constância e dissolução do casamento. Não há como pender somente para uma concepção, pois o casamento se trata de um acordo bilateral entre as partes, formando um contrato e uma instituição.

Quando duas pessoas se casam, é inevitável que se fale na questão patrimonial e o regime de bens que será adotado, pois futuramente, tal escolha pode trazer consequências na dissolução do vínculo matrimonial. Desta forma, salienta Sílvio de Salvo Venosa que:

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobressaem-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida (2017, p. 370).

Segundo o autor “o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento” (2017, p. 370). Desta forma, é com base nesta escolha, que o casamento será norteado quanto à questão patrimonial comum e individual.

Usualmente, é facultado aos nubentes à escolha do regime de bens, conforme preceitua o *caput* do artigo 1.639 do Código Civil de 2002¹².

Dentre os regimes estabelecidos, pode-se mencionar: a) comunhão universal de bens: neste regime, os bens e dívidas das partes constituem uma só massa. Conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

Regime da comunhão universal é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (2017, p. 478).

Desta forma, os nubentes que adotarem esse regime, deverão fazer pacto antenupcial. Tal regime está mencionado no artigo 1.667 do Código Civil de 2002¹³. Ainda, existem as exceções, as quais não entram na comunhão e estão elencadas no artigo 1.668 do Código Civil de 2002¹⁴; b) comunhão parcial de bens: é o regime que prevalece se as partes não fizerem pacto antenupcial, mencionado no artigo 1.658 do Código Civil de 2002¹⁵, e segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns (2017, p. 468).

Tal regime é o mais comum existente, é também chamado de regime legal, sendo um regime mesclado. Assim como no regime da comunhão universal de bens, existem exceções que não entram no regime da comunhão parcial de bens, exceções estas, constantes no artigo

¹² Art 1.639: É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver [...].

¹³ Art 1.667: O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas [...].

¹⁴ Art 1.668: São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art 1.659.

¹⁵ Art 1.658: No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento [...].

1.659 do Código Civil de 2002¹⁶; c) participação final dos aquestos: disposto no artigo 1.672 do Código Civil de 2002¹⁷, e, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (2017, p. 486).

É um regime de bens diferente, mostrando-se misto, em que sua concepção rege-se pelo regime da separação total, e o divórcio, rege-se pelo regime da comunhão parcial; d) separação de bens convencional: neste regime, a administração dos bens individuais de cada nubente é exercida livremente, conforme disposto no artigo 1.687 do Código Civil de 2002¹⁸. Cada um poderá dispor do seu patrimônio, sem a outorga uxória ou marital, assim como assegura Carlos Roberto Gonçalves:

No regime da separação convencional, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente, sejam móveis ou imóveis (2017, p. 490).

E, por último, e) separação de bens legal ou obrigatória, que será abordado adiante.

Conforme menciona Sílvio de Salvo Venosa:

[...] se os nubentes desejarem assumir o regime de comunhão parcial, não necessitarão de pacto. Se outra modalidade de regime for sua escolha, precisarão estipulá-la por meio de escritura pública. Desse modo, embora seja facultativa a escolha do regime, os cônjuges necessariamente devem recorrer ao pacto se não desejarem a comunhão parcial (2017, p. 374).

Desta forma, é livre a escolha dos nubentes quanto ao regime patrimonial, contudo, se os mesmos optarem por um regime que não seja o da comunhão parcial de bens, deverá ser

¹⁶ 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.

¹⁷ Art 1.672: No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

¹⁸ 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.

confeccionado instrumento de escritura pública de pacto antenupcial, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 1.640 do Código Civil de 2002¹⁹, em que constará o regime de bens que irá reger o casamento.

Dentre vários princípios norteadores do Direito de Família, o mais lembrado é o da autonomia da vontade dos cônjuges, pois “os esposos têm a sua disposição supletivamente o regime da comunhão parcial na lei, não sendo obrigados a elaborar escritura antenupcial” (VENOSA, 2017, p. 374). Da mesma forma o contrário: caso queiram optar por algum regime que exija pacto antenupcial, as partes são livres para decidir.

Quanto ao regime da separação legal ou obrigatória de bens, pode-se afirmar que tal regime é visto como uma exceção à regra, pois não é uma liberalidade das partes, e sim uma imposição em virtude de determinadas condições que os nubentes possuem, desta forma, o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, não faculta as partes a escolha de outro regime patrimonial de bens.

No que diz respeito ao inciso I do artigo acima mencionado, Sílvio de Salvo Venosa alega: “o casamento de incapazes, sem autorização legal, é anulável. O mesmo ocorre no casamento dos que não atingiram a idade núbil. Persistindo o enlace, porém, o regime será o da separação”. O entendimento em relação ao regime é o mesmo em relação ao inciso III, “[...] em todo casamento que necessite de autorização judicial, o regime será o da separação” (2017, p. 376).

Ou seja, em relação aos incisos I e III, o regime é o da separação, no primeiro caso pode-se citar o casamento de menor de idade, sem prévia autorização legal, e no segundo, aquele casamento que precise de autorização judicial, em que, por exemplo, o menor recorre ao judiciário para suprir a autorização de seus responsáveis legais para poder casar.

Quanto ao inciso II do artigo, esse se restringe ao casamento para aqueles que possuem idade igual ou superior a 70 (setenta) anos.

Neste sentido, essa exceção foi criada, como uma forma de evitar que houvessem casamentos fundados única e exclusivamente por razões patrimoniais, em que uma pessoa mais velha, presumivelmente irá possuir mais bens do que alguém mais jovem, sendo forte candidata a golpes.

¹⁹ 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.

Conforme entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, em relação ao casamento entre um homem maior de 60 (sessenta) anos e uma mulher maior de 50 (cinquenta) anos, originalmente tratado no Código de 1916:

O legislador compreendia que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciavam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado (2017, p. 376).

Para ele, tratava-se de uma desigualdade de sexos, prevendo idade diferente para homem e mulher, desigualdade esta, que foi sanada com o atual Código Civil de 2002. Inicialmente, como já tratado anteriormente, tal imposição tratava-se aos maiores de 60 (sessenta) anos, e posteriormente foi aumentada a faixa etária para 70 (setenta) anos.

Sendo assim, essa alteração etária da imposição do regime de bens para pessoas maiores de 70 (setenta) anos, se dá pelo avanço social, em que os padrões foram modificados ao longo dos anos.

Ainda, no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher, o limite de idade era 50 anos. O diploma de 2002 (inciso II do art. 1.641) estabelece a idade de 70 anos para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional. Basta que apenas um dos cônjuges supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido na data da celebração do casamento (2017, p. 465).

No entendimento do autor, a medida utilizada é uma forma de cuidado com a pessoa que seria a parte mais vulnerável da relação, ou seja, o idoso. O que a lei pretende, é tentar barrar casamentos que venham a acontecer única e exclusivamente com o escopo patrimonial.

Entende-se que, o casamento, é considerado um dos pilares do Direito, e que possui grande amparo do Estado no que tange à sua proteção. Os regimes de bens estudados servem para efetivar a vontade das partes, em especial no que diz respeito às disposições patrimoniais.

Com isso, o regime da separação legal ou obrigatória de bens, foi uma forma que o Estado achou para proteger aqueles considerados idosos nos termos da lei, onde muitas vezes, não gozam do pleno discernimento mental para optar por um regime que futuramente não venha lhe causar prejuízos.

No capítulo seguinte, serão analisados os princípios constitucionais que norteiam o direito brasileiro e que tem relação direta com a vedação à escolha de regime de bens para pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

3 ASPECTOS PRINCIPIOLÓGICOS: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À MATÉRIA

Conforme tratado no primeiro capítulo, esse trabalho procura analisar a constitucionalidade acerca da vedação à escolha de regime patrimonial de bens para maiores de 70 (setenta) anos. Foram tratados tópicos relacionados à participação do idoso na sociedade, os direitos assegurados na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, os regimes de bens permitidos pela atual legislação, bem como o regime da separação legal ou obrigatória de bens.

Neste capítulo, serão abordados alguns princípios constitucionais relacionados ao tema tratado. É importante passar por tal análise dos princípios, pois a imposição quanto ao regime patrimonial se relaciona com a tutela dos direitos fundamentais.

Antes de adentrar no assunto que será abordado neste capítulo, é necessária a distinção entre norma, princípio e regra.

No entendimento de Nagib Slaibi Filho “a norma é a regra de conduta que se extrai do dispositivo, como, nos mencionados dispositivos, as normas *não matarás* e *não fume*” (2009, p. 51, grifo do autor). Ou seja, a norma atua como diretriz do que devemos ou não fazer em relação à vida em sociedade. A norma determina as condutas básicas para uma vida social saudável.

Ainda, conforme seu entendimento:

[...] as normas jurídicas vão-se compor não só de elementos essenciais, como o *preceito* (a descrever hipotético fato ou relação social) e a *sanção* (a descrição das conseqüências jurídicas, caso incida a situação descrita no preceito), como também *por elementos acidentais*, a restringir ou ampliar a normatividade, quer aqueles de *elementos descritivos*, de pronta apreensão objetiva (como, por exemplo, a expressão *criança*), quer os elementos *sociais* (no termo, por exemplo, *honesto*) ou os elementos *jurídicos* (por exemplo, o termo *posse*) (2009, p. 52, grifo do autor).

A norma estrutura-se de componentes para sua elaboração, quer sejam essenciais, quer acidentais ou jurídicos. Diz respeito à conduta do agente, a ação ou supressão do mesmo.

Para Alberto do Amaral Júnior, as normas:

Normas jurídicas são diretivos vinculantes, com caráter de imperatividade, que permitem a decisão dos conflitos. Constituem diretivos vinculantes porque têm o sentido de obrigatoriedade, e ninguém pode furtar-se às suas prescrições. Além disso, a norma é para o jurista o ponto de partida para decidir os conflitos existentes. Com base nela, é possível qualificar as condutas como obrigatórias, proibidas e permitidas. O intérprete não decide segundo preferências individuais, mas segue critérios previamente fixados (2011, p. 1-2).

Em seu entendimento, elas servem para mediação de divergências. Sendo utilizada a norma como base para a solução das mesmas, fica mais fácil de identificar quais são as atitudes permitidas ou não.

Alberto do Amaral Júnior alega que os princípios se diferenciam das regras no que diz respeito à forma como são colocadas no direito:

Os princípios, diferentemente das regras, não se aplicam à maneira “tudo ou nada”, nem estabelecem, peremptoriamente, as consequências que decorrerão das causas anteriormente disciplinadas. Não há a estipulação dos requisitos que tornam inevitável a sua aplicação. Apontam, ao contrário, o sentido da decisão a ser proferida, conferindo ao intérprete a possibilidade de optar por novo caminho, que melhor se ajuste às peculiaridades do caso (2011, p. 15).

Assim sendo, os princípios dão essência nos julgamentos, sempre com respeito às particularidades de cada situação.

Em relação às regras e princípios, Robert Alexy, entende:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (2015, p. 87).

Segundo o autor, regras e princípios seriam considerados ramificações de norma, e “essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 85).

Para Robert Alexy, existem três teses que diferenciam as regras dos princípios. A primeira alega que diferenciar norma em princípio e regras, não teria sucesso, pois existem inúmeras diferenças e até semelhanças entre ambas. A segunda alega que a diferença entre princípios e regras é derivada somente em relação ao grau. E a terceira alega que existe além de diferenciação em razão do grau, uma diferença qualitativa (2015, p. 89-90).

Conforme entendimento do autor os princípios “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e as regras “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2015, p. 103-104). Ou seja, agir em conformidade com os princípios é agir da melhor e maior forma possibilitada, e agir em conformidade as regras é agir conforme a lei manda.

Para Nagib Slaibi Filho, os princípios:

[...] fundamentais, também chamados princípios estruturantes, têm relevante função na indicação dos valores que devem predominar no processo hermenêutico, isto é, o de descoberta do sentido da norma constitucional. Os princípios fundamentais estão muito além de indicadores da atuação do Estado, pois consubstanciam os valores de suprema importância na organização da sociedade brasileira (2009, p. 117).

Ou seja, os princípios são indispensáveis na sociedade, pois são eles que irão nortear a forma como nos relacionamos uns com os outros. Eles não só determinam a forma como o Estado irá funcionar, mas sim, a forma como a sociedade irá regular-se também.

Paulo Bonavides salienta que “[...] sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo” (2011, p. 258). Desta forma, o estudo dos princípios se faz necessário para um melhor entendimento da própria lei em si, uma vez que os princípios, quando atuam em conformidade com a Constituição Federal, se mostram como a base de todo um sistema jurídico.

Cabe ainda, mencionar entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho, sobre o que seriam princípios:

[...] são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fática ou jurídica (2003, p. 1255).

Sendo assim, quando falamos em realizar algo da melhor forma possível, entendemos que tal ato deve suceder-se em conformidade com os princípios em direito tutelados, e desta forma, estaremos operando da melhor forma.

3.1 O princípio da igualdade

Neste princípio, prevalece o entendimento de que todos são iguais perante a lei, sendo vedado qualquer tipo de diferenciação em virtude de raça, cor, idade, religião... Conforme entendimento de Alexandre de Moraes:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama (2017, p. 36).

Toda forma de discriminação deve ser evitada, pois estaria em desconformidade com o texto da Constituição Federal, que prevê a igualdade de todos perante a lei.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 prevê objetivos fundamentais, os quais servem para a promoção do bem de todos, independente de qualquer tipo de discriminação.

Para Alexandre de Moraes “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas” (2017, p. 36). Ou seja, para haver desigualdade, a lei deve dar tratamento diferenciado para determinadas pessoas.

E, para que haja a licitude de eventual diferenciação, ou seja, da inobservância do princípio da igualdade, o legislador deverá estar amparado em justificativa plausível e proporcional em relação ao meio utilizado e a finalidade que ele deseja chegar, devendo a decisão ser pautada em conformidade com os direitos e garantias tutelados pela Constituição Federal (MORAES, 2017, p. 36).

A aplicação da norma deve ocorrer de forma homogênea, e, “sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais” (MORAES, 2017, p. 36). Ou seja, o legislador não poderá aplicar a lei se tiver o intuito de aumentar a desigualdade entre as partes.

De igual forma, o particular também não poderá atuar de forma discriminatória, respondendo ele, por quaisquer danos ocasionados por eventual discriminação (MORAES, 2017, 36).

Ainda, conforme entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acerca do princípio da igualdade:

A igualdade é uma das ideias-força da modernidade. Há três séculos ela excita os espíritos e move os homens à luta pela mudança das condições políticas, econômicas e sociais. Compete assim com a liberdade, mas com a diferença de que sua agressividade é mais intensa, visto decorrer do *animus possidendi* inerente ao homem (2012, p. 207).

Rui Barbosa, em sua Obra Oração aos Moços, cita Aristóteles sabiamente, e tal menção, se faz conveniente tratar aqui:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar 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 a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real [...] (1999, p. 26).

Este entendimento, diz respeito a tratar desigualmente os desiguais, e de forma igual os iguais, na proporção de suas desigualdades. O objetivo primordial da igualdade é diminuir desníveis societários, sejam decorrentes da raça, religião ou idade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho frisa o artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁰, onde a lei deve ser igual a todos, independente se for para punir ou proteger seus cidadãos, sendo defeso qualquer tipo de diferenciação.

Segundo o autor existem três aspectos que andam lado a lado com a igualdade jurídica: a igualdade de direito, uma só norma deve existir com o dever de ser aplicada para todos os homens, a uniformidade de tratamento, em que há a generalidade da lei, aplicando-se tratamentos idênticos em casos que sejam iguais, e, a proibição da discriminação, onde é vedado não somente diferenciação em razão da raça ou religião, mas também qualquer tipo de vantagem ou preferência ilícita (FERREIRA FILHO, 2012, p. 212-213).

É permitida certa diferenciação, quando for ao sentido de tentar diminuir a desigualdade de alguém, tratando-o de forma diferente. Essa é a chamada justiça retributiva, que autoriza a diferenciação, pois as leis não conseguem tratar de todos os indivíduos (FERREIRA FILHO, 2012, p. 213).

Essa diferenciação deve atender a determinados critérios, possuindo limitações e obedecendo aos requisitos objetivos. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho “a diferenciação somente é legítima quando justificada. Ou seja, quando corresponde a uma

²⁰ Art 6º: A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

diversidade real e a norma se ajusta a tal diversidade. É a desigualação na medida da desigualdade” (2012, p. 214).

Quanto aos requisitos objetivos, podemos citar: a) a adequação: onde deve existir uma ponte, relação entre o critério que se utiliza para discriminar determinados indivíduos e qual é a finalidade que se busca; b) a razoabilidade: a diferenciação deve ser logicamente plausível; e, c) a proporcionalidade: diferenciação de forma harmoniosa, sendo proibido o excesso.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo” (2009, p. 282). Importante pensamento, pois a igualdade está diretamente ligada à democracia, uma não existe sem a outra.

Além de se estudar especificamente o princípio da igualdade, é importante a diferenciação entre a igualdade formal da igualdade material, e, a igualdade deve ser buscada nos casos concretos do dia-a-dia, e não somente na teoria.

E ainda, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho diferencia igualdade de direitos de igualdade de fato:

Aquela é a forma de igualdade consagrada constitucionalmente nas democracias ocidentais. Mantém aberta a possibilidade de distinções, mas de distinções que decorram do valor pessoal. De fato, a igualdade civil rejeita os privilégios de raça, cor, religião, sexo e nascimento. A última forma de igualdade é a prometida nas democracias marxistas para o paraíso comunista. Para entendimento dessa promessa, se possível, não se lhe nega até o sacrifício da liberdade (2009, p. 282).

Desta forma, entende-se por igualdade formal que todos devem ser tratados de forma idêntica, e igualdade material, que determinado grupo de pessoas deve ter tratamento desigual e diferenciado, mas de forma razoável, na medida em que os tratando desigualmente, os torne iguais.

Ainda, conforme entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho “ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos” (2003, p. 426). Ou seja, o legislador deve tratar todos os cidadãos de forma igual, seja quando da criação da lei, seja em sua aplicação no caso concreto.

3.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

Passamos então, a uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão” (2006, p. 29). Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo construído ao longo dos séculos, não sendo uma busca recente.

Já em nosso ordenamento, tal princípio é um dos mais importantes, uma vez que o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 recepcionou a dignidade da pessoa humana como uma das razões que dão causa ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar, que em tal dispositivo, o legislador pôs o homem como fim do Estado, em que sem um cidadão tratado com dignidade, não há de se falar em Estado Democrático de Direito, ou seja, é o Estado que atua em favor do homem, e não o homem que atua em favor do Estado (SARLET, 2006, p. 65).

Immanuel Kant foi um dos primeiros pensadores a valorizar e tratar sobre a dignidade da pessoa humana, e, segundo seu entendimento:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções [sic], tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objectos [sic] das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto [sic] seria sem valor [...] (2007, p. 68, grifo do autor).

O homem deve ser tratado como um fim, e não como um objeto pecuniário, devendo ser respeitado independente de qualquer valor. Para ele, tudo se divide em valor e dignidade, e “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (2007, p. 77, grifo do autor). Ou seja, quando não se pode atribuir um valor a uma coisa, entende-se que a mesma tem dignidade, e não valor pecuniário.

Para Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas *sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* (2017, p. 18, grifo do autor).

Ou seja, o princípio da dignidade humana é essencial no que diz respeito à personalidade do ser humano e atua paralelamente com os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como diretriz na interpretação dos textos do nosso ordenamento jurídico, e “sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito” (MORAES, 2017, p. 457).

Dito isso, todos os brasileiros são detentores do direito de serem tratados como titulares de dignidade, sem restrição de nenhuma espécie, especialmente no que diz respeito à idade das partes. Ou seja, a discriminação imposta aos septuagenários, sendo-lhes vedada a escolha de um regime patrimonial de bens que os convêm, é uma afronta ao princípio da dignidade humana.

A imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, viola outros princípios dele também derivados (MORAES, 2017, p. 18).

É importante buscar uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, em todos os âmbitos decisórios, tornando tal princípio bem sucedido, pois o mesmo é uma das bases dos direitos personalíssimos, devendo ser protegido de qualquer desrespeito. “O homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública” (SLAIBI FILHO, 2009, p. 128), isto quer dizer, que o homem é o norte que o Estado deve seguir. E ainda:

A importância do valor da dignidade da pessoa humana sobressai na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, das Nações Unidas, que assim começa: *Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...* (2009, p. 128, grifo do autor).

O princípio da dignidade humana é um dos ou o principal princípio em direito tutelado, pois é com base nele, que o Estado trata o homem como o centro, o escopo de toda a atividade estatal.

E, diante deste pensamento, Luiz Antonio Rizzatto Nunes discorre:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete (2010, p. 59).

Para o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana, também é o princípio constitucional mais relevante no nosso ordenamento jurídico atual.

A dignidade da pessoa humana foi uma conquista social, que veio por meio da evolução histórica pós-guerra, experiência esta, que na época marcou a sociedade em um todo. Tal princípio é um direito natural, ou seja, brota junto com a essência humana (NUNES, 2010, p. 62-63).

Cumprе ressaltar, que o princípio da dignidade humana, não é movido por questões sociais, raciais ou étnicas, bem pelo contrário “toda pessoa tem dignidade garantida pela Constituição, independentemente de sua posição e conduta social” (NUNES, 2010, p. 64). Diante disto, todo e qualquer cidadão deve ser tratado com dignidade, independente de qualquer critério que sirva de distinção entre uma pessoa ou outra.

3.3 O princípio da liberdade ou autonomia da vontade

Tal princípio é assegurado no artigo 5, *caput* e inciso II da Constituição Federal²¹, e o dispositivo vislumbra que a livre iniciativa das partes é o que norteia as relações entre elas, sendo que as mesmas, não são obrigadas a fazer ou não algo. Tal entendimento é adotado por Nagib Slaibi Filho, o qual alega:

O princípio de que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, inciso II) significa, materialmente, que o indivíduo, na busca dos bens necessários à sua existência e ao desenvolvimento de sua personalidade, pode e deve agir com a amplitude possível que somente se limita pelos direitos de seus semelhantes (2009, p. 316, grifo do autor).

E ainda, Paulo Lôbo discorre:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral (2017, p. 64).

²¹ 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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

Segundo o autor, as partes são livres para tratar sobre os assuntos referentes à relação familiar, seja na constituição do casamento, asseverando o direito de escolha quanto ao regime patrimonial, seja quanto à educação dos filhos do casal.

Também discorrem sobre a liberdade, Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira:

A liberdade está umbilicalmente associada à existência humana. Sem liberdade parte da vida, senão toda a vida, perde seu sentido. Não nos referimos somente à liberdade física, de livre locomoção, mas, também na liberdade de se expressar, de buscar e trilhar todos os caminhos para a realização e efetividade do que poderíamos chamar de uma vida digna. Melhor e mais fácil que conceituar a liberdade é experimentá-la (2015, p. 164).

Diante de tal entendimento, é possível verificar a grande importância que a liberdade do indivíduo tem para a vida pessoal, uma vez que todos devem ser livres em todos os aspectos, sejam físicos ou psíquicos.

Segundo Leonardo Martins “[...] o direito à liberdade parece abranger quase tudo o que é garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais em geral” (2012, p. 47). Ou seja, o princípio da liberdade abrange diversos direitos englobados na Constituição Federal de 1988 e as leis abaixo dela.

O homem tem a livre iniciativa para tratar de sua vida pessoal sem a influência de ninguém, seja no âmbito privado (parentes), seja no âmbito público (Estado). Ninguém é obrigado a fazer algo que não queira, e segundo Leonardo Martins:

Toda ação estatal pode ainda atingir a liberdade geral de ação do indivíduo. A liberdade geral de ação engloba, segundo a opinião dominante na literatura especializada alemã, todo e qualquer comportamento individual, que deve ser, em princípio, livre de coerções estatais (2012, p. 50).

Além disto, é amplamente garantida no artigo 1.639 do Código Civil de 2002, a livre escolha de regime de bens.

Desta forma, o princípio da liberdade é ferido pelo artigo 1.641 do Código Civil de 2002, pois o mesmo obriga as pessoas maiores de 70 (setenta) anos ao regime da separação legal ou obrigatória de bens, tratando-se de um constrangimento às partes, que sofrem a discriminação em razão da idade.

Quando falamos em princípios, eles existem para que sejam seguidos, e sendo assim, não há necessidade do legislador restringir a livre escolha do regime patrimonial em virtude da idade dos nubentes.

Com base no que foi tratado no presente capítulo, foi possível aprofundar princípios constitucionais garantidos a todos os cidadãos, fazendo com que exista uma base para analisar critérios relevantes acerca da constitucionalidade ou não na imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos, visto que os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade se mostram violados em relação a este tema.

No próximo capítulo, será feita uma análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial da constitucionalidade ou não na imposição de tal regime visto que o mesmo se mostra como uma afronta aos princípios constitucionais tratados no presente capítulo.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL OU OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS: UMA ANÁLISE LEGISLATIVA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

No capítulo anterior, foram tratados princípios constitucionais que se aplicam ao tema do presente trabalho. Foi realizada uma análise dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade, com o intuito de realizar uma ponte para o estudo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que será tratado a seguir.

No presente capítulo serão analisadas correntes favoráveis e contrárias ao suporte do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, no que diz respeito à imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens para aqueles que tiverem idade igual ou superior a 70 (setenta) anos para então, ter uma conclusão acerca da legalidade da norma.

4.1 Plano legislativo

Inicialmente, a imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens, foi prevista no artigo 258 do Código Civil de 1916²², e tal dispositivo, previa desigualmente a faixa etária para homens e para mulheres.

Houve diversas críticas na época, sobre a forma como o Código Civil de 1916 tratava as mulheres. O Código marcava uma sociedade tradicionalista, em que o homem era o centro da família. Ainda, conforme entendimento de Maria Berenice Dias, o Código Civil de 1916:

Retratava a sociedade da época, marcadamente **conservadora** e **patriarcal**. Assim, só podia consagrar a superioridade do homem. Sua forma física foi transformada em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso a mulher, ao casar, perdia sua plena **capacidade**, tornando-se relativamente capaz, tal como são considerados os índios, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar ela precisava da autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a esposa obrigada a adotar o **sobrenome** dele. [...] (2013, p. 103-104, grifo do autor).

Sendo assim, em conformidade com tal entendimento, via-se a mulher como um objeto, não sendo ela, um sujeito com livre iniciativa, ficando a mesma, condicionada à vontade do marido. Diante dessa desigualdade, torna-se ainda mais inadmissível a redação

²² Art 258: Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977). Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: [...] II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; [...].

dada pelo diploma anterior do Código Civil, onde diferenciava a idade para homens e mulheres.

Com a forte crítica da redação do artigo supramencionado do Código Civil de 1916, foi instituída a Lei nº 6.515/1977, a chamada “Lei do Divórcio”, a qual previu em seu artigo 45²³, uma forma de amenizar tal reprovação. A disposição acabou não sendo suficiente, pois somente abrangia aqueles casais que já possuíam uma relação como se casados fossem ou já haviam dado início à prole. Entendimento este, sustentado por Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

Note-se que a obrigatoriedade do regime da separação de bens nesses casos vigora há quase cem anos, já que a única modificação operada na regra constante do art. 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916 foi realizada pelo art. 45 da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, em caráter transitório e em razão da introdução do divórcio no direito brasileiro, deu liberdade aos nubentes, em idade superior ao limite legal previsto no inciso II daquele dispositivo, quanto à escolha do regime de bens, em caso de existência de comunhão de vidas anterior a 28 de junho de 1977, com duração de dez anos consecutivos ou com filhos (2016, p. 321).

Diante de tal situação, foi instituído o Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/2002, o qual permaneceu com a mesma limitação, porém igualou a idade para 60 (sessenta) anos, para homens e mulheres, acabando com a diferenciação de gêneros em decorrência do sexo. O sustento de tal dispositivo com a imperativa limitação, no atual Código Civil foi custeado pelo Senador Josaphat Marinho, o qual alegava que “trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes” (MONTEIRO; SILVA, p. 320).

Ainda, segundo entendimento de Sílvio de Salvo Venosa: “o vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabeleceu a idade de 60 anos para ambos os sexos” (2017, p. 376). Com isso, igualadas as idades entre homens e mulheres, se via afastada à discriminação causada pela diferenciação de gênero. Aliado ao dispositivo constante na Lei do Divórcio pode-se citar o que dispõe o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988²⁴, em que o mesmo prevê igualdade de direitos e obrigações, tanto para homens, quanto para mulheres.

²³ Art 45: Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

²⁴ 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...].

Entretanto, tais disposições normativas eram insuficientes, e diante à insatisfação geral, foram apresentados também projetos-leis, visando eventual alteração ou majoração da idade que o dispositivo do código previa.

Dentre alguns projetos-leis, merece especial destaque o PL nº 108/2007, da Deputada Solange Amaral, o qual tinha como parte de sua justificativa:

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade. Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos [...] (2007).

Tal projeto de lei foi aprovado e posteriormente se tornou a Lei nº 12.344/2010, que alterou a redação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, mantendo uma limitação maior quanto à idade, que passou a ser de 60 (sessenta) anos para 70 (setenta) anos, tanto para homens, quanto para mulheres e, “essa majoração mais recente da idade atende a contemporaneidade, tendo em vista novos padrões de saúde e sociais” (VENOSA, 2017, p. 377).

Apesar da alteração dada pelo PL nº 108/2007, hoje Lei nº 12.344/2010, ainda assim foram criados outros projetos-leis alegando que a limitação na idade para escolha de um regime de bens estava em discordância com os preceitos tutelados pela Constituição Federal.

Desta forma, devemos citar o PL nº 4.945/2005, de responsabilidade do Deputado Antonio Carlos Biscaia, cuja ementa dispõe sobre a alteração e revogação de artigos do Código Civil, mas atualmente encontra-se arquivado. E projeto de lei nº 209/2006, de responsabilidade do Senador José Maranhão, em que a ementa buscava revogar o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 e pleitear a autorização à livre escolha de regime de bens para maiores de 60 (sessenta) anos. Tal processo não foi apreciado e hoje se encontra arquivado.

Podem-se citar também os que se encontram em tramitação, como por exemplo, o PL nº 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, o PL nº 470/2013, da Senadora Lídice da Mata e o PL nº 189/2015, do Deputado Cleber Verde.

O PL nº 2.285/2007 pretende além de instituir um Estatuto das Famílias, revogar dispositivos de algumas leis, e dentre elas, do Código Civil, em especial relacionado ao regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos, onde o autor apresentou como parte de suas justificativas:

O Capítulo do casamento é o mais extenso, dada a importância que a sociedade brasileira a ele destina, sistematizando todas as matérias anexas ou conexas, de modo seqüenciado [sic]: existência, validade, eficácia, regime de bens, divórcio e separação. A separação dessas matérias feita pelo Código Civil, em direitos pessoais e direitos patrimoniais, não foi bem recebida pela doutrina especializada, dada a interconexão entre ele e o papel instrumental dos segundos. Além do mais, considerando que cada cidadão brasileiro integra ao menos uma família, a lei deve ser compreensível pelo homem comum do povo e não contemplar discutível opção doutrinária. Foram suprimidas as causas suspensivas do casamento, previstas no Código Civil, porque não suspendem o casamento, representando, ao contrário, restrições à liberdade de escolha de regime de bens. Os impedimentos aos casamentos foram atualizados aos valores sociais atuais, com redação mais clara [...] (2007).

Tal projeto está em tramitação, ainda sem decisão definitiva. Em relação ao PL nº 470/2013, de Lídice da Mata, o qual dispõe também sobre a instituição do Estatuto das Famílias e outras providências, tem como justificativas:

Dada a importância que a sociedade brasileira ainda empresta ao casamento, o capítulo a ele destinado é o mais extenso, sistematizado de modo sequenciado: sua existência, validade, eficácia, regime de bens e sua dissolução via divórcio. Foi abandonada a divisão feita pelo Código Civil, entre direitos pessoais e direitos patrimoniais, por não ter sido bem recebida pela doutrina, dada a interconexão entre ambos. Também foram suprimidas as causas suspensivas do casamento, previstas no Código Civil, porque, apesar do nome, não suspendem o casamento. Ao contrário, representam mera restrição à liberdade de escolha de regime de bens. Os impedimentos ao casamento estão atualizados aos valores sociais contemporâneos, com uma redação mais clara [...] (2013).

E ainda, em relação aos regimes de bens:

Mantiveram-se os regimes de comunhão parcial, comunhão universal e separação total. Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula nº 377 do STF já tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que SF/13067.26914-60 estão inseridos e excluídos da comunhão, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação dos bens que devem ingressar na comunhão. Suprimiu-se o regime de bens de participação final nos aquestos, novidade que não encontra nenhuma raiz na cultura brasileira e que acaba por transformar os cônjuges em sócios de ganhos futuros reais ou contábeis, potencializando a ocorrência de litígios [...] (2013).

Tal projeto também se encontra em tramitação, sem decisão definitiva. E, por fim, o PL nº 189/2015, de Cleber Verde, atualmente em tramitação, que busca a revogação do artigo que obriga a pessoa maior de 70 (setenta) anos a sujeitar-se ao regime da separação legal ou obrigatória de bens. Além de revogar tal dispositivo, busca facultar àqueles que já estão submetidos a tal regime, a opção de modificação do mesmo. Na ementa, o mesmo o justificou desta forma:

Discriminar as pessoas em razão da idade ofende o princípio da igualdade. Deduzir que aqueles acima de sessenta anos não são mais alvo de amor verdadeiro atenta contra a dignidade da pessoa humana. A norma que padece de vício material de constitucionalidade termina por violar o princípio da razoabilidade. E, portanto, o artigo 1.641, em seu inciso II, não está em conformidade com uma hermenêutica voltada à eficácia dos direitos fundamentais, como é a hermenêutica contemporânea. O Direito de Família precisa ser analisado sob o prisma da Constituição Federal e os institutos jurídicos devem ser tutelados ao passo que desempenhem seus papéis de permitir o desenvolvimento do sujeito. A supressão da escolha do Regime de Bens limita, potencialmente, a família como instrumento de busca da felicidade [...] (2015).

Com a análise dos projetos-leis acima mencionados, pode-se observar a aquiescência do Poder Legislativo quanto à revogação ou alteração do artigo que dispõe sobre o regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos, demonstrando diversos fundamentos pautados na violação de princípios do Direito Constitucional e do Direito de Família vigentes no país.

4.2 Plano doutrinário

As divergências relativas ao regime de bens imposto aos septuagenários se instauram em diversas áreas do Direito. É evidente, que tais discordâncias se apresentem também no plano doutrinário. No presente tópico, serão analisadas posições entre os doutrinadores brasileiros, tanto as favoráveis (posição majoritária) e as desfavoráveis (posição minoritária).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tal imposição é totalmente inaceitável e serve exclusivamente para proteção patrimonial e não para resguardar os idosos, visto que uma parcela razoável da população brasileira é da classe média/baixa, sendo poucas as pessoas que contam com patrimônio considerável, tornando o “golpe do baú”, manifestamente descabível. Nos seus entendimentos:

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade (2017, p. 327).

Tal restrição imposta às partes não se justifica sem um processo de interdição que bloqueie determinados atos da sua vida civil. Pessoas com 70 (setenta) anos ou mais, podem praticar os mais variados atos em sua vida social, como integrar a Câmara de Deputados ou até a Presidência da República. É um tanto controverso poder agir em nome de um país nos casos acima citados e não ter liberdade para optar por um regime patrimonial que lhes convêm (GALIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 327).

Ainda, segundo eles, o que fica explícito é a agressão aos princípios constitucionais tutelados, em especial o da isonomia, pois o que se dá a entender de tal regime é uma comparação do idoso com um relativamente incapaz (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 327).

Neste sentido Maria Helena Diniz discorre:

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente [...] (2014, p. 213).

Diante de tal entendimento, fica escancarada que tal imposição é dispensável, quando a pessoa goza do seu pleno discernimento mental, visto que para a perda da capacidade civil, é obrigatório o devido processo de interdição, não sendo o caso na maioria das vezes, pois os nubentes ainda possuem bom senso.

Para Maria Berenice Dias, a escolha do regime patrimonial do casamento, rege-se pelo princípio da vontade das partes, um dos mais importantes no Direito de Família. Porém, o regime da separação legal ou obrigatória de bens, é um desrespeito à vontade das partes. E, em específico o inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, pois além de configurar desrespeito à autonomia, é uma ofensa ao Estatuto do Idoso (2013, p. 257).

Conforme seu entendimento é evidente o prejuízo que as partes estão submetidas com tal dispositivo:

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 da incomunicabilidade é **absoluta**, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal (2013, p. 257, grifo do autor).

Entende-se que não há uma forma das partes provarem a questão da capacidade, visto que o legislador presumiu a insuficiência das partes que atingiram a idade limite prevista. Trata-se mais de um castigo do que uma proteção, seja patrimonial, seja pessoal.

E, ainda no entendimento de Maria Berenice Dias²⁵:

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência onde o interditando é interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa.

A autora ratifica a opinião acerca da norma se apresentar totalmente desproporcional sem a devida análise minuciosa da capacidade do agente por meio da interdição. Não é de qualquer forma que se constata tal perda da capacidade, devendo ser declarada a incapacidade civil somente quando verificadas de certeza as circunstâncias que lhe deram causa.

Paulo Lôbo também alega que tal encargo é constitucional e discorre:

Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus (2017, 317-318).

Há uma descabida incoerência da norma, pois a mesma limita a livre iniciativa dos nubentes na escolha do regime patrimonial, e, de forma não clara, alega a incapacidade sem o devido processo judicial. Há a presunção de fraqueza e discriminação de que o idoso é movido irracionalmente pelos laços de afeto, sendo facilmente enganado por alguém que possua interesses exclusivamente patrimoniais (LÔBO, 2017, p 318).

²⁵ Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_546\)5__amor_ nao_tem_idade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_546)5__amor_ nao_tem_idade.pdf)>. Acesso em 17/10/2017.

E, por fim, vale salientar ainda, entendimento de Rolf Madaleno, no que tange o tema ora abordado:

A restrição que impede a livre-eleição do regime de bens no casamento das pessoas maiores de setenta anos é vista como inconstitucional, por colidir com o princípio da dignificação humana, referenciado na porta de entrada da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inc. III), e se trata de medida extremada, pois, se o regime da comunhão parcial é considerado justo para todos os casais de todas as outras idades, porque deixaria de ser justo para os septuagenários, quando apenas estariam dividindo eventuais bens acaso adquiridos na constância do casamento, quando nada impede um cônjuge com mais de setenta anos de comprar qualquer bem em nome de seu consorte ou de lhe doar bens de sua exclusiva propriedade (2017, p. 64).

O autor também opta pela inconstitucionalidade da imposição, pois bate de frente com princípios constitucionais tutelados, tratando-se de um critério radical, devendo, então, ser estabelecido, pelo menos, o regime legal estabelecido na atual legislação, que é o regime da comunhão parcial de bens, visando uma forma justa de tratamento a todos, englobando aqueles que possuem idade igual ou superior a 70 (setenta) anos.

As regras devem ter ligação com todos os princípios existentes no Direito, sejam eles no âmbito do Direito Constitucional, sejam no âmbito do Direito de Família, pois o que se visa aqui é a proteção das partes, dando-lhe tratamento equânime, e não punir, impondo-lhes uma forma de castigo em razão da idade.

Apesar de vários posicionamentos penderem pela inconstitucionalidade da norma, existe uma parcela de doutrinadores que entendem e defendem a imposição e o emprego do regime da separação legal ou obrigatória de bens para os septuagenários.

Dentre diversas posições favoráveis à norma, podemos citar Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, que coadunam com a ideia de que tal imposição serve para proteger o idoso, visto que com o passar dos anos, chegando à idade mais madura, as pessoas são facilmente enganadas em decorrência da carência emocional, visto que já estão chegando ao fim da vida.

No entendimento dos autores, os mesmos sustentam que a liberdade individual deve ser exercida em conformidade com o que é permitido na legislação, ou seja:

Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que têm idade avançada, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a vII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares (2016, p. 320).

Diante disto, casamentos realizados em que um dos nubentes, ou até os dois, já tenham chegado à idade limite, podem gerar perdas e danos irreparáveis para as partes e seus familiares.

Assim, o regime da separação legal ou obrigatória existe para garantir segurança às diversas situações arriscadas em que as partes estão inseridas, constituindo, assim, uma medida exclusivamente protetiva.

4.3 Plano jurisprudencial

Nos itens anteriores, foram analisadas posições legislativas e doutrinárias sobre o tema. No presente tópico, serão abordadas as posições no plano jurisprudencial, onde o Poder Judiciário se manifesta em relação ao tema aplicando a lei nos mais diversos casos concretos do dia-a-dia.

A primeira manifestação do Poder Judiciário em relação ao injusto e ilógico tema abordado foi por meio da súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal²⁶, publicada em 08 de maio de 1964. Tal enunciado previu que no regime da separação legal ou obrigatória, entram na partilha os bens conquistados na vigência do casamento.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O que se quer, com a súmula, é exatamente o inverso: evitar-se a insensatez de se impedir a comunicabilidade dos bens amealhados pelo esforço comum, sob pena de se permitir — ou até mesmo incentivar — o enriquecimento sem causa de uma das partes (2017, p. 329).

²⁶ Súmula 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Entende-se que o regime da separação legal ou obrigatória de bens, em conjunto com a ação aliviada da súmula, leva ao entendimento de que as partes mais se veem prejudicadas do que protegidas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 331).

O Conselho Nacional de Justiça se manifestou através do enunciado nº 125²⁷, elaborado na I Jornada de Direito Civil de 2002, propiciado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob orientação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, pleiteando a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

Diversos foram os tribunais que analisaram os casos concretos em relação ao regime da separação legal ou obrigatória de bens, e dentre estes casos, pode-se citar a Apelação Cível nº 70004348769²⁸, da Sétima Câmara Cível, de 27 de agosto de 2003, sendo articulada pela Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. A então Desembargadora negou provimento à apelação que buscava anular doação entre pares casados pelo regime da separação legal ou obrigatória de bens, alegando ser detestável esta limitação por desrespeitar o direito à igualdade e liberdade, sendo descabível a presunção de incapacidade alegada pelas partes, que somente poderá ser constatada mediante processo judicial de interdição (MADALENO, 2017, p. 68).

Já a Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio do relator Desembargador Luiz Fernando Boller, em 1º de dezembro de 2011, julgou a Apelação Cível nº 2011.057535-0²⁹, e pautou sua decisão alegando que a limitação da escolha de regime patrimonial é discriminatória e afronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁷ 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.

²⁸ TJRS – APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004348769. EMENTA: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. APELO, À UNANIMIDADE, DESPROVIDO NO MÉRITO, E, POR MAIORIA, AFASTADA A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA, VENCIDO O EM. DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES.

²⁹ TJSC – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2011.057535-0. EMENTA: 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, § 2º, 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

E, por fim, pode-se citar a decisão proferida pelo Juiz Convocado José dos Anjos, relator do Pleno do Tribunal de Justiça do Sergipe, por meio do Incidente de Inconstitucionalidade nº 2010107802³⁰, de 17 de novembro de 2010, na qual ele reconheceu a inconstitucionalidade do artigo que prevê o regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos, pois, na maioria dos casos, as partes nessa idade gozam do seu pleno discernimento mental e tal artigo trata-os como sujeitos sem capacidade civil.

Desta forma, observa-se por meio das decisões proferidas pelos Tribunais espalhados pelo Brasil que é necessária a alteração do texto do Código Civil. Nas esferas tratadas anteriormente (legislativa e doutrinária) também foi percebida a explícita manifestação pela arguição da inconstitucionalidade do artigo que veda a livre escolha do regime de bens para maiores de 70 (setenta) anos. Conclui-se, assim, que o artigo 1.641, em seu inciso II do Código Civil está impregnado de irregularidades, devendo ser declarada a inconstitucionalidade do mesmo.

DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, 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 - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

³⁰ TJSE – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2010107802. EMENTA: REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil.

5 CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi a análise da constitucionalidade contida no artigo 1.641, do Código Civil, em que no seu inciso II, dispõe que os casamentos celebrados por pessoas maiores de 70 (setenta) anos, bastando apenas um dos nubentes estarem sob esta condição, serão impreterivelmente sujeitos ao regime da separação legal ou obrigatória de bens, violando o princípio da igualdade, da dignidade humana e da livre escolha patrimonial dos nubentes.

Para isso, foi analisado o destinatário a qual discorre a norma: o idoso. Foi importante para a elaboração do trabalho, a investigação da pessoa do idoso e sua efetiva participação na sociedade atual, que com o passar dos anos tornou-se mais influente. Estudos constatam que a parcela mais velha da sociedade aumentou, tendo como grandes aliados o avanço da medicina e o conseqüente aumento na expectativa de vida. Devido a isto, fica reforçada a tese de que o idoso é parte essencial da sociedade, em que sem sua participação, ela não seria a mesma.

Foram estudados os direitos assegurados aos idosos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso. Em ambos os textos legislativos, são asseguradas diversas formas de proteção ao idoso, sendo defeso qualquer tipo de discriminação decorrentes de sua idade.

É importante analisar o conceito de casamento, sendo parte integrante de um dos ramos do Direito que merece destaque especial, o Direito de Família, pois tudo na vida decorre de relações afetivas que se iniciam no casamento. Foram estudados os regimes de bens e o regime da separação legal ou obrigatória de bens, objeto do presente trabalho.

Diante das peculiaridades de cada regime existente, mostra-se o dano que o regime da separação legal ou obrigatória de bens traz às pessoas maiores de 70 (setenta) anos. Como o próprio nome já sugere, é um regime obrigatório, impossibilitando a livre escolha a outro regime de bens aos nubentes inseridos nesta situação.

Foi dada atenção especial aos princípios constitucionais aplicáveis à matéria, em específico os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade ou autonomia da vontade.

O significado da palavra igualdade é: qualidade de igual, independente de cor, raça, religião, idade. Ora, se todos os cidadãos gozam do direito de igualdade, qual é o sentido da lei tratar os idosos de forma diferenciada em razão da idade?

A dignidade da pessoa humana também está atrelada aos princípios constitucionais protegidos, sendo que o Estado, em primeiro lugar, deve tratar todos com dignidade, pois é a dignidade que irá dar a direção para o Estado Democrático de Direito, visto que não existe

Estado, sem população digna. O homem é o centro do estado, devendo ser tratado com dignidade, e não como um objeto de valor.

A liberdade decorre da premissa que as partes são livres para tratar sobre os assuntos referentes à relação familiar, na constituição do casamento, educação dos filhos. O Estado não teve intervir em tais relações, visto que o direito de família é um ramo particular do direito.

Por fim, foi realizada a exposição de alguns posicionamentos, favoráveis e contrários à norma em diferentes âmbitos: legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, existe a posição minoritária, daqueles que defendem a manutenção do regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos, alegam que a norma existe como medida protetiva aos idosos, visando evitar que os mesmos sofram golpes patrimoniais. Para eles, há o convencimento que o idoso é pessoa vulnerável, tendo grandes chances de se envolver em relações que tenham unicamente o interesse patrimonial.

De outro lado, tem a posição majoritária, em que tais doutrinadores defendem que os direitos básicos e fundamentais, basilares da Constituição como igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade encontram-se violados. Uma pessoa idosa não deve ser considerada incapaz sem o devido processo de interdição. O Estado deve assegurar a todos os mesmos direitos, independente da idade.

Com base nos tópicos acima estudados, conclui-se que o regime da separação legal ou obrigatória de bens para maiores de 70 (setenta) anos é inconstitucional por diversos motivos.

Um deles é a visível afronta a princípios constitucionais tutelados na Constituição Federal. É inconstitucional, pois a diferenciação imposta aos septuagenários desrespeita a premissa de que todos são iguais perante a lei. Não há igualdade se o Estado continuar tratando os idosos de forma diferenciada, discriminando-os em razão da sua idade. Isso não é igualdade, é preconceito.

É inconstitucional, pois é vedado ao Estado intervir em relações particulares de forma abusiva, restringindo-lhes o direito de livre iniciativa e tratando o idoso como um objeto estatal. A liberdade também é princípio constitucional protegido, sendo inconstitucional toda norma que vise o bloqueio ao acesso à liberdade.

É inconstitucional, pois afronta a dignidade da pessoa humana. Tal imposição faz com que exista uma presunção irreal de incapacidade. Não existe incapacidade sem o devido processo de interdição. Até lá, o idoso, em especial aqueles que se aplicam a norma do regime da separação legal ou obrigatória de bens, devem ser tratados como sujeitos com pleno discernimento mental, sendo capazes de reger sua vida pessoal de forma igual, livre e digna.

Conclui-se, então, que o texto contido no inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil de 2002 é inconstitucional, pois o mesmo não caminha em harmonia com a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso. Tal artigo do Código Civil representa um retrocesso, pois o Direito é um ramo em constante evolução, devendo ser excluído do atual ordenamento jurídico, conferindo ao idoso a possibilidade de escolha do regime de bens que irá reger seu casamento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Lições de Direito*. São Paulo: Manole, 2011.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury*. Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 05/09/17.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 06/10/2017.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 377*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18/10/2017.

_____. *Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977: Lei do Divórcio*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 06/10/2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. *Lei 8842 de 4 de janeiro de 1994: Política Nacional do Idoso*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/idosolei8842.htm>>. Acesso em: 06/09/2017.

_____. *Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002: Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação 70004348769. Sétima Câmara Cível. Desembargadora Maria Berenice Dias. 27 de agosto de 2003*. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70004348769&num_processo=70004348769&codEmenta=669586&temIntTeor=true>. Acesso em: 18/10/2017.

_____. *Lei 10741 de 1º de outubro de 2003: Estatuto do Idoso*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 4945/2005*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=279456>>. Acesso em 15/10/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 209/2006*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78350>>. Acesso em 16/10/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 108/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340507>>. Acesso em 15/10/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 2285/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 16/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Sergipe. *Incidente de Inconstitucionalidade 2010107802. Juiz Convocado Relator José dos Anjos. 17 de novembro de 2010*. Disponível em: <

http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numAcordao=201011738&wi.redirect=TBA4JQLU342JIU74GF7X>. Acesso em 18/10/2017.

_____. *Lei nº 12344 de 09 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112344.htm>. Acesso em 06/09/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação 2011.057535-0. Quarta Câmara de Direito Civil. Desembargador Luiz Fernando Boller. 1º de dezembro de 2011*. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110575350>>. Acesso em: 18/10/2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>> Acesso em: 18/10/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 470/2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 16/10/2017.

_____. *Projeto de Lei nº 189/2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>>. Acesso em: 16/10/2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 06/09/2017.

DIAS, Maria Berenice. *Amor não tem idade*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_546\)5__amor_ao_tem_idade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_546)5__amor_ao_tem_idade.pdf)>. Acesso em: 17/10/2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: O estado da questão do início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. 3ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 6.

GOVERNO DO BRASIL. *Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil, por Portal Brasil com informações do IBGE*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/em-10-anos-cresce-numero-de-idosos-no-brasil>>. Acesso em: 15/08/2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Edições 70, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. *Pessoa idosa. Dados estatísticos*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/dados-sobre-o-envelhecimento-no-brasill>>. Acesso em: 15/08/2017.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 43ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. 2.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Coleção Sinopses Jurídicas: Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. vol. 17.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, et. al; GARCIA, Maria; LEITE, Flávia Piva Almeida; SERAPHIM, Carla Matuck Borba (coord). *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. vol. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Família*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. vol. 5.

WITZEL, Ana Claudia Paes; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. *Breves considerações sobre a proteção do idoso no âmbito da família*. Revista eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. n. 1, vol. 7, jul. 2013. Disponível em:

<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/212/150>. Acesso em 05/09/2017.