

DUC IN ALTUM



**FACULDADE
DAMAS**

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

CRISTIANO RODRIGUES DE SOUSA

**A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS COM REGIME LEGAL IMPOSTO AOS
MAIORES DE 70 ANOS: ANALISADA À LUZ DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL**

Recife

2022

CRISTIANO RODRIGUES DE SOUSA

**A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS COM REGIME LEGAL IMPOSTO AOS
MAIORES DE 70 ANOS: ANALISADA À LUZ DO DIREITO CIVIL
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade Damas da
Instituição Cristã como requisito para
obtenção do Título de Bacharelado em
Direito.

Orientadora: Dr^a. Renata Cristina Othon
Lacerda Andrade

**Recife
2022**

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Sousa, Cristiano Rodrigues de.
S725s A separação obrigatória de bens com regime legal imposto aos maiores de 70 anos: analisada à luz do direito civil constitucional / Cristiano Rodrigues de Sousa. - Recife, 2022.
57 f.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2022.
Inclui bibliografia.

1. Inconstitucionalidade. 2. Regime obrigatório de separação de bens. 3. Casamento. 4. Idoso. 5. Código Civil. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.) FADIC (2022.2-007)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CRISTIANO RODRIGUES DE SOUSA

A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS COM REGIME LEGAL IMPOSTO AOS
MAIORES DE 70 ANOS: ANALISADA À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de 2022

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Dedico à minha família e aos amigos pelo apoio na realização deste trabalho.

AGRADECIMENTO

Primeiramente a Deus, pela renovação das forças na batalha diária para alcançar mais esta conquista; à minha família e amigos, pelo apoio e carinho, que acima de tudo nos incitam a continuar; e aos professores, em especial minha orientadora, por ter compartilhado com tanta dedicação e esmero o conhecimento adquirido ao longo do curso.

*“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça
à justiça por toda parte”
Martin Luther King Jr.*

RESUMO

A pesquisa aborda a polêmica gerada no meio doutrinário sobre o inciso II do art. 1.641 do Código Civil e sua suposta inconstitucionalidade. Trata-se de pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, viabilizada pela consulta da literatura disponível em livros, revistas e artigos disponibilizados por meio eletrônico. A abordagem do tema tem sua justificativa pela necessidade de demonstrar a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, repercutindo diretamente na vida da sociedade, tendo em vista o maior de 70 anos não poder manifestar livremente sua vontade na escolha do regime de bens que prevalecerá no seu casamento. No Direito, o aspecto legal sempre se materializa após o fato social, assim, acredita-se que essa discussão nos tribunais leve o instituto da separação obrigatória de bens a ganhar uma nova interpretação, em face do aumento da expectativa de vida da população brasileira, possibilitando ao indivíduo maior de 70 anos, condições plenas para dispor sobre seus bens.

Palavras-chave: inconstitucionalidade; regime obrigatório de separação de bens; casamento; idoso; código civil.

ABSTRACT

The research addresses the controversy generated in the middle of the Doctrinal item II of art. 1641 of the Civil Code and its alleged unconstitutionality. This is an exploratory literature, made possible by consulting the literature available in books, magazines and articles available electronically. The approach to the subject has its justification the need to demonstrate the unconstitutionality of such legal provision, directly impacting the life of society, in view of the age of 70 cannot freely express their will in the choice of property regime that will prevail in your marriage. In law, the legal aspect always materialize after the social fact, thus it is believed that this discussion in the courts take the institute mandatory separate assets to gain a new interpretation, given the increase in life expectancy of the population, allowing the individual to the age of 70, full conditions to provide for their goods .

Keywords: unconstitutionality; compulsory separation of property; marriage; elderly; civil code.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DO REGIME DE BENS.....	13
2.1 Do Regime de Bens no Sistema Jurídico Brasileiro.....	13
2.2 Tipificação dos Regimes de Bens na Lei Brasileira	14
2.2.1 Da Comunhão Parcial de Bens	15
2.2.2 Do Pacto Antenupcial.....	15
2.2.3 Da Comunhão Universal de Bens.....	16
2.2.4 Da Participação Final nos Aquestos	17
2.2.5 Da Separação de Bens	19
2.2.6 Implicações do Artigo 1.641 do Código Civil de 2002 para a Autonomia Privada.....	20
3 O DIREITO DOS IDOSOS FRENTE O DIREITO DE FAMÍLIA	24
3.1 O Envelhecimento Populacional	24
3.2 Os Direitos Fundamentais dos Idosos	27
3.2.1 Direito à Vida	29
3.2.2 Direito ao Trabalho.....	29
3.2.3 Direito à Convivência Familiar e Comunitária	30
3.2.4 Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade.....	31
3.3 Implicações do Estatuto do Idoso para o Direito de Família.....	36
4 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS IDOSOS.....	39
4.1 A Questão Jurídica do Regime de Bens	39
4.2 O Caráter Protetivo ou Restritivo do Inciso II do Art. 1.641	41
4.3 A Inconstitucionalidade do Inciso II do Art. 1.641 do Código Civil	43
4.4 Análise Jurisprudencial.....	48
5 CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil, prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens, para os maiores de 70 anos. Para alguns doutrinadores, este é um dispositivo inconstitucional, por ferir os princípios constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

A quantidade de pessoas acima de 70 anos no Brasil é crescente. A expectativa de vida média do brasileiro na década de 1910 variava entre 50 e 60 anos de idade. Em 2009 passou para 73 anos e em 2050, estima-se que a expectativa de vida do brasileiro ao nascer será de 81,3 anos. Ao analisarem-se as pessoas maiores de 60 anos, de pronto observa-se que o crescimento nesta faixa etária da população brasileira chegou a 21 milhões em 2009 e até 2050, estima-se que 30% da população brasileira deverá ter mais de 60 anos. O avanço da escolaridade, do sistema de saúde e das redes de saneamento básico foi fundamental para o aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Diante do que as normas constitucionais garantem aos cidadãos, e no que diz respeito especialmente aos idosos, face ao Estatuto do Idoso, questiona-se se a limitação legal de autonomia para a escolha do regime de bens do casamento pelo maior de 70 anos, seria inconstitucional?

O estudo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade de tal imposição, sendo de extrema relevância para a sociedade, mas especificamente aos nubentes maiores de 70 anos, abarcados pelo dispositivo em referência, pois refletirá diretamente na vida patrimonial do casal.

Sendo, contudo, obrigados ao regime obrigatório da separação de bens, estes mesmos bens, adquiridos depois do casamento, segundo alguns doutrinadores, e entendimentos do Supremo Tribunal Federal, só se comunicariam, se ambos por esforço mútuo contribuíssem para a aquisição dos mesmos.

A abordagem do tema proposto se justifica pela necessidade de demonstrar a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, que tem repercussão direta na vida da sociedade, tendo em vista o cidadão não poder de forma livre, manifestar a sua vontade na escolha do regime de bens que prevalecerá no seu casamento.

Visando atender ao objetivo proposto, a pesquisa está estruturada em três capítulos. O Capítulo primeiro foi destinado ao regime de bens entre os cônjuges, apresentando algumas considerações gerais sobre o assunto, e apresentados os regimes de bens recepcionados no

ordenamento jurídico pátrio, dando uma ênfase especial ao regime de separação obrigatória de bens.

No Capítulo segundo foram abordadas questões relativas aos direitos do idoso e suas implicações para o Direito de Família, apresentando uma síntese sobre o envelhecimento populacional, e a contexto dos direitos fundamentais do idoso no âmbito do Estatuto do Idoso.

O Capítulo terceiro foi dedicado a discutir as controvérsias acerca do regime obrigatório de separação de bens, onde é apresentada a questão jurídica do regime de bens no Direito brasileiro, discutindo-se o caráter protetivo e restritivo dessa imposição e por fim, apresentando os fundamentos que atestam a inconstitucionalidade de tal dispositivo, discutidos e fundamentados pela jurisprudência relativa ao tema.

Com essa abordagem, acredita-se que a pesquisa atende ao seu objetivo e que, a título de considerações finais, enquanto houver divergências no âmbito doutrinário sobre o que é legal e o que é convencional no Direito de Família, ganha a sociedade e ganha o próprio Direito: a primeira, por ver seus anseios materializados e protegidos pelo Estado; o segundo, pela possibilidade de criar perspectivas de convivência em sociedade, cada vez mais próximas da justiça e da dignidade humana.

Ao longo da pesquisa serão abordadas as questões que envolvem diretamente o Direito Patrimonial, discorrendo sobre os regimes de bens entre os cônjuges que são recepcionados pelo Código Civil. Neste momento, passa-se então a se fazer uma abordagem mais consistente acerca do tema proposto, inclusive de maneira ampla, uma vez que se aproxima de fato ao objetivo principal do trabalho ora proposto, ou seja, demonstrar os desdobramentos do regime da separação legal de bens na vida dos nubentes maiores de setenta anos, desdobramentos estes que estão intimamente ligados a vida patrimonial do casal.

2 DO REGIME DE BENS

Em toda história, pode-se encontrar na família, uma das primordiais formas de convivência social, e um dos institutos que mais sofre alterações, ressaltando a importância de estudá-la, tanto sua formação, quanto sua dissolução e demais efeitos jurídicos, advindos desta relação, em especial a questão sucessória, a qual está intimamente ligada ao regime de bens adotado pelos casais no ato do casamento.

Ante a necessidade do Estado em criar instrumentos de regulação das relações familiares, sendo o casamento o primeiro passo, devido sua importância, sua abrangência e seus efeitos, como disse Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o casamento é, pois, o centro e, conseqüentemente, o foco de onde irradiam as normas básicas do direito de família. Ele é estudado em todos os seus aspectos: conceituação, formalidades antecedentes, concomitantes e subsequentes à sua celebração. (PEREIRA. 2022, p. 40.)

Do casamento, portanto, surgem laços entre o casal, com determinação de deveres recíprocos e direitos iguais, derivando em relações patrimoniais, chegando a constituir outro instituto, qual seja, o de regime de bens entre os cônjuges.

2.1 Do Regime de Bens no Sistema Jurídico Brasileiro

Em face do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), do casamento advém quatro efeitos jurídicos imediatos: a constituição da família legítima; a mútua assunção, pelo casal, da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família (art. 1.565); a imposição de deveres aos cônjuges (art. 1.566), e a vigência do regime de bens adotado (art. 1.649).

O regime de bens, de forma ampla, pode ser entendido, na visão de Denise Wilhelm Gonçalves (2004), como sendo o conjunto de regras, que tem por intuito, regular as relações patrimoniais entre os cônjuges, relativos à propriedade, disposição, administração e gozo dos bens relativos ao casal.

Na vigência do Código Civil de 1916, tinha-se a imutabilidade do regime de bens do casamento, inexistindo a possibilidade de alteração do mesmo após a celebração do matrimônio.

Tal condição de imutabilidade do regime tinha fundamento na proteção à boa-fé de terceiros que se relacionavam com o casal e a do próprio casal, visando evitar, dentro do possível, que a afeição e a vida em comum entre marido e mulher viessem a interferir nas relações de ordem patrimonial.

A revogação do princípio da imutabilidade do regime de bens, veio com o advento do novo Código Civil de 2002, prevista no § 2o do art. 1.639, o qual disciplina: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”, tendo esta alteração ocorrido ante a própria evolução da sociedade e das relações familiares, como observa Denise Wilhelm Gonçalves:

Com a igualdade dos cônjuges e sem discriminação de sexo, o efeito é inevitável. Deixou de existir a fragilidade, ingenuidade e imaturidade entre os cônjuges. Ambos gozam de livre autonomia de vontade para decidirem o que é certo ou errado, se devem ou não pleitearem a alteração do regime patrimonial de bens. (GONÇALVES. 2018, p. 111.)

Ante essa nova concepção, inexistente qualquer razão para não se colocar em prática os princípios consagrados pela Constituição Federal, onde a igualdade entre os cônjuges é uma das suas maiores conquistas.

Adiante é apresentada as diversas formas de regime de bens previstas no Código Civil brasileiro, dando especial enfoque em um capítulo específico e destacado acerca do regime da separação de bens e sua obrigatoriedade, prevista no inciso II do art. 1.641, o qual traz que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; [...]. (BRASIL. Lei 10.406. 2002, art. 1641, inc. II)

2.2 Tipificação dos Regimes de Bens na Lei Brasileira

O Código Civil brasileiro, em seu art. 1639 e seguintes, traz a regulamentação acerca dos regimes de bens recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio, dispondo ainda que o regime de bens do casamento é de livre escolha dos nubentes, podendo optar por qualquer um dos quatro que estão disponíveis.

Estando os nubentes em acordo, poderão escolher o regime patrimonial que melhor lhes aprouver, podendo adotar qualquer um deles, excetuando-se as situações previstas no art. 1641, contudo o foco se atém a imposição do inciso II do referido artigo, tendo em vista ser o objetivo desta pesquisa verificar a inconstitucionalidade desta imposição.

A seguir serão apresentados uma breve síntese dos regimes de casamento presentes no ordenamento jurídico brasileiro e suas respectivas nuances.

2.2.1 Da Comunhão Parcial de Bens

O art. 1.658 do Código Civil trouxe a previsão do regime de comunhão parcial, onde os bens do marido e da mulher se comunicariam, durante a vigência do casamento.

Sendo também conhecido como regime legal ou oficial, a comunhão parcial de bens ocorre quando, os nubentes, não tendo escolhido outro regime ou caso sua liberdade de escolha não seja exercida corretamente, passará a vigorar o regime de comunhão parcial de bens. Segundo o entendimento de Maria Alice Zaratin Lotufo, a qual traz a explicação a seguir:

O regime da comunhão parcial satisfaz de modo isonômico o interesse dos nubentes, pois, em relação aos bens de raiz, abstraindo-se as poucas exceções por força da lei, todos que pertenciam a cada um antes do casamento, ou que vierem a pertencer por causa anterior a ele, inclusive os bens oriundos do direito sucessório, farão parte somente do seu patrimônio, não comunicando-se com o do consorte. No entanto, todos que forem adquiridos posteriormente, seja individualmente por um deles, seja em conjunto, por ambos, farão parte da comunhão. (LOTUFO. 2018, p. 103.)

De fato, o legislador com muita eficácia, elegeu o regime mais justo como sendo o regime da comunhão parcial de bens, tendo protegido o patrimônio superveniente do direito sucessório, não sendo estes incorporados aos bens do casal.

2.2.2 Do Pacto Antenupcial

O pacto antenupcial, previsto no art. 1.653 do Código Civil, apresenta características diferentes dos contratos disciplinados pelo direito das obrigações, pois o mesmo passa a vigorar somente após a concretização do matrimônio, tendo sua eficácia condicionada a concretização do casamento. Citando Denise Wilhelm Gonçalves:

O pacto antenupcial é um contrato solene e condicional, formalizado através de escritura pública, em que os nubentes declaram a qual regime de bens estarão submetidos. Solene, somente por escritura pública; condicional, só terá eficácia se o matrimônio se realizar. (GONÇALVES. 2010, p. 116)

Não tendo o legislador do Código Civil determinado expressamente o prazo para que o casamento se realize após a convenção do pacto antenupcial, o atual Código Civil, em seu art. 1.653 dispõe que o pacto não terá sua eficácia, não sendo seguido do casamento, o que ocasiona o possível entendimento de que o prazo seria o tempo que os nubentes têm após a habilitação para o casamento, a qual, segundo o art. 1.532 do referido código é de noventa dias, sendo que, ultrapassado esse prazo, a habilitação perde sua eficácia.

2.2.3 Da Comunhão Universal de Bens

Este regime tem como principal característica, a comunicação total dos bens, aqueles adquiridos antes do casamento, os quais eram particulares de cada cônjuge, somando-se aos que eles venham a adquirir, seja pelo esforço mútuo, seja individualmente, conforme regulamenta o art. 1.667 do Código Civil: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas” [...] (BRASIL. Lei 10.406. 2002).

Denise Wilhelm Gonçalves, entende que nesse regime, predominam os bens comuns, aqueles de propriedade de ambos os cônjuges, contudo, pode existir bens próprios do marido e bens próprios da mulher. Entretanto, não se deve desconsiderar aqueles bens previstos no art. 1.668 do Código Civil, incisos I a V, os quais, por força da lei, estão também excluídos da comunhão universal. (GONÇALVES, 2004).

São estes: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade, e, os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659, quais sejam, os bens de uso pessoal, os livros

e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

No regime da comunhão universal, todos os bens dos cônjuges passam a integrar um único patrimônio, incluindo os créditos e débitos, passando por todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, segundo o entendimento: “cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se uma universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, os créditos e as dívidas de cada um.” (FARIAS; ROSENVALD. 2017, p. 261).

Muito embora conhecido como o regime que engloba todos os bens do casal, o Código Civil estabelece algumas restrições em seu art. 1.668, em seus incisos I a V.

Estão fora da comunhão universal, portanto, os bens adquiridos por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade (inciso I); os bens gravados com fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva (inciso II); as dívidas assumidas antes do casamento, com exceção aquelas obrigações decorrentes de despesas para o próprio casamento (inciso III); as doações antenupciais com cláusula de não-comunhão (inciso IV); e os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho de cada um, as pensões e outras rendas semelhantes (inciso V).

Válido ressaltar o fato de o regime da comunhão universal de bens somente ser válido enquanto o casal estiver convivendo e houver a colaboração recíproca para aquisição do bem, e no caso de uma possível separação de fato, cessa-se também os efeitos do regime da comunhão universal de bens.

2.2.4 Da Participação Final nos Aquestos

A participação final nos aquestos, na qual, os bens adquiridos onerosamente durante a convivência do casal, submete o casamento às regras da separação convencional dos bens, porém, na eventual dissolução do casamento, seja por falecimento, separação ou divórcio, tal regime passa a ser equiparado ao regime de comunhão parcial, comunicando-se os bens adquiridos onerosamente por cada um dos cônjuges durante a existência do casamento.

O regime de participação final nos aquestos está previsto no art. 1.672 do Código Civil, com a seguinte redação:

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. (BRASIL. Lei 10.406. 2002, art. 1.672)

Importante ressaltar que, no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge tem seu próprio patrimônio, e por este motivo, ocorrendo eventual dissolução do casamento, cada um terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso e na vigência do matrimônio. Contudo, as circunstâncias inerentes ao regime em tela apresentam alguns inconvenientes, em especial quando no processo de meação, conforme ressaltou Sílvia Rodrigues:

[...] o caminho para a identificação e pagamento da meação pode ser tortuoso diante da morosidade da Justiça, considerando, também, a expressiva quantidade de incidentes e recursos que podem surgir. Daí por que o regime da participação final nos aquestos, embora simpático na sua essência, acaba por vir a ser uma opção problemática. (RODRIGUES. 2002, p. 196)

Este regime apresenta diversas peculiaridades, as quais Sílvia de Salvo Venosa dispensou especial atenção, como se vê:

Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão de aquestos. [...] Esse regime, com muitas nuances e particularidades diversas, é adotado também em outras legislações. Sua utilidade maior, em princípio, é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem um certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente. (VENOSA. 2017, p. 191)

No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge administra seu próprio bem, enquanto subsistir a sociedade conjugal, como se casados fossem pelo regime da separação de bens, consoante o art. 1.673 e parágrafo único do Código Civil determina:

Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis. (BRASIL. Lei 10.406. 2002, art. 1.673)

Dentre os efeitos verificados em tal regime, além da possibilidade de dispor dos bens móveis sem outorga do outro enquanto casados, outro que se destaca, é quando do término do

casamento, os bens adquiridos onerosamente após o casamento serão partilhados igualmente. Na explicação de Giselda Fernandes Novaes Hironaka:

[...] cada cônjuge possui patrimônio próprio, que administra e do qual pode dispor livremente, se de bens móveis se tratar, dependendo da outorga conjugal apenas para a alienação de eventuais bens imóveis (CC, arts. 1.672 e 1.673). Mas se diferencia do regime da separação de bens, porquanto, quando se dissolve a sociedade conjugal por rompimento dos laços entre vivos ou por morte de um dos membros do casal, o regime de bens como que se transmuda para adquirir características do regime da comunhão parcial, pelo que os bens adquiridos onerosamente e na constância do matrimônio serão tidos como bens comuns desde a sua aquisição, garantindo-se, assim, a meação ao cônjuge não proprietário e não-administrador. (HIRONAKA. 2003)

Assim, os bens adquiridos antes e após o casamento, desde que não tenha tido participação financeira da outra parte, serão particulares, pertencendo somente ao cônjuge comprador. Mediante o fato de que, na participação final nos aquestos, cada um pode dispor do seu patrimônio como lhe aprouver, dando liberdade aos cônjuges para dispor de seu patrimônio, sendo tal característica relevante principalmente para os casais que dispõem de grandes patrimônios.

2.2.5 Da Separação de Bens

Conforme dispõe o art. 1.687 do Código Civil, no regime de separação de bens, [...] “estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. Assim, em momento algum os bens se comunicam, tanto advindos antes, quanto aqueles adquiridos após o casamento. Cada um dos cônjuges é dono exclusivo de seu patrimônio.

Acerca do tema, Denise Wilhelm Gonçalves esclarece que existem duas formas de separação: a obrigatória, prevista no art. 1.641 do Código Civil, e a convencional:

Na obrigatória, é dispensado o pacto antenupcial, o que não ocorre na convencional. Nesta poderão os nubentes optar, mediante pacto antenupcial, que cada cônjuge conserve a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens, bem como a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. (GONÇALVES. 2018, p. 125)

A citada autora faz ainda referência a duas situações no âmbito do regime de separação de bens: a separação limitada e a separação ilimitada, pura ou absoluta. Nesta última, cada um dos cônjuges mantém a total propriedade, a integral administração de seus bens (móveis e imóveis), podendo realizar, independentemente da outorga do outro, qualquer ato e/ou negócio, como alienar, gravar de ônus real ou outro ato. No caso da separação limitada, poderão os nubentes estipular, no pacto antenupcial, que somente os bens presentes são incomunicáveis, comunicando-se os futuros, frutos e rendimentos. Portanto, esse regime assemelha-se muito com o regime de comunhão parcial de bens.

2.2.6 Implicações do Artigo 1.641 do Código Civil de 2002 para Autonomia privada.

De forma expressa, os incisos I, II e III do art. 1.641 do Código Civil determina situações específicas onde é obrigatório aos nubentes o regime de separação de bens no casamento. São elas: das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas do casamento (inciso I); da pessoa maior de setenta anos (inciso II); e, de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial (inciso III).

Sobre o tema, Washington de Barros Monteiro preleciona:

O regime de separação obrigatória de bens é imposto por lei com finalidades diversas, a depender da hipótese retratada tendo a finalidade protetiva a terceiros, em certos casos, como do viúvo que, sem fazer a partilha de bens de casamento anterior, tendo filhos, casa-se novamente, e, em outros, ao cônjuge, que está presente no casamento celebrado com suprimento judicial, bem como naquele realizado além do limite legal de idade. (MONTEIRO. 2020, p. 217.)

Ao analisar o art. 1.641 do Código Civil de forma tão simplória, não é difícil atestar a legalidade do mesmo, contudo, ao estudar mais a fundo o que representa de fato o instituto da família, não é conveniente acatar o regime obrigatório da separação de bens no casamento, sob a égide de todos os incisos do citado art. 1.641, em especial do inciso II, quando determina a obrigatoriedade para indivíduos maiores de 70 anos, pois, dessa forma, surgem questionamentos se o legislador teve o intuito de limitar o exercício do princípio da igualdade, o direito da autonomia da vontade ou ainda, o princípio da dignidade humana.

A separação obrigatória de bens, imposta pelo Código Civil às pessoas com mais de 60 anos, idade essa elevada para 70 anos, alterada pela Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, mesmo no intuito de amenizar os efeitos restritivos do inciso II do referido art. 1.641 do Código Civil, é motivo de divergência doutrinária, a qual merece especial interpretação, com o objetivo de se posicionar acerca da inconstitucionalidade ou não de tal dispositivo.

É de fácil percepção a tendência doutrinária de se posicionar a respeito do art. 1.641 do Código Civil, tomando este como inconstitucional, por entenderem que o referido dispositivo fere o princípio da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, indo de encontro ainda, com o disposto no art. 1.639 do mesmo diploma legal, no que tange a liberdade dos cônjuges disporem de seus bens, conforme julgarem melhor.

A esse respeito, Sílvio de Salvo Venosa explica que o regime obrigatório é imposto aos nubentes, quando estes encontram-se sob determinadas condições, o que não deve ser confundido com o regime de comunhão parcial de bens, o qual é um substitutivo a vontade dos cônjuges. (VENOSA, 2017, p. 325).

Fica evidente a razão das divergências de opiniões entre os doutrinadores, pois, por tratar-se de regime obrigatório, contraria o disposto no art. 1.639 do Código Civil, que permite aos nubentes a possibilidade de dispor de seus bens da maneira que melhor lhes aprouver.

Com esse entendimento, o referido autor ainda estende seu raciocínio, afirmando que:

[...] O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, é o da comunhão parcial. É de crucial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens. (VENOSA. 2021, p. 326)

Nesse sentido, o autor traz o princípio da justiça e dos direitos iguais nos relacionamentos afetivos duradouros, tanto no âmbito do casamento civil e quanto no da união estável, tendo em vista que o esforço de um e de outro devem ser reconhecidos e seus bens repartidos igualmente, devendo ser afastada qualquer possibilidade de separação de bens sob o risco de, em caso contrário, ferir o princípio da igualdade.

No âmbito dessa discussão, Carlos Roberto Gonçalves faz a seguinte observação:

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a disposição legal que

regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como os menores de 16, as maiores de 60 anos e todas as que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. (GONÇALVES. 2017, p. 422.)

Com essa explanação, o citado autor traz a todos os incisos do art. 1.641 do Código Civil, justificando o aspecto legal do dispositivo, o qual, por essa característica, não cabe questionamento, no entanto, cabe questionamento acerca do seu aspecto social, de proteger indivíduos em circunstâncias específicas, tendo em vista a igualdade de direitos prevista na Constituição Federal.

Sílvio de Salvo Venosa, ao comparar o Código Civil de 1916 com o inciso II do art. 1.641 do atual diploma, ressalta que:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendeu 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 consorciam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. (VENOSA. 2022, p. 326)

Ao fazer referência ao Código Civil de 1916, Sílvio de Salvo Venosa ressalta o avanço do Direito Civil em se adequar ao texto constitucional de 1988, em busca do princípio da igualdade de direitos entre homem e mulher, mesmo que, na prática, o princípio da igualdade previsto no texto constitucional, diga respeito ao aspecto formal, colocando homens e mulheres em condições de igualdade perante a lei, exigindo interpretação diferenciada em circunstâncias específicas, como nos casos onde o legislador procura proteger de forma diferente os direitos da mulher, especialmente nas questões trabalhistas onde fica evidente a diferença entre homens e mulheres no art. 7º, inciso XX, quando a Carta Magna estabelece proteção do mercado de trabalho da mulher.

Poderia o legislador do Código Civil ter sido mais claro ao recepcionar tal inciso, explicitando se sua intenção foi exclusivamente a de proteger o patrimônio de uma das partes. Assim fosse, a separação obrigatória de bens talvez fosse recepcionada em outra seção do Código Civil brasileiro.

No entanto, da forma como se apresenta no art. 1.641 do citado diploma, tem embasado discussões acerca de sua constitucionalidade, fundamentadas no fato da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da autonomia da vontade do indivíduo em poder dispor sobre seus bens da maneira como julgar melhor, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, ao apontar a discriminação presente no inciso II do artigo em discussão:

Inexiste razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 60 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade. (GONÇALVES. 2017, p. 425)

Considerando, contudo, que na sociedade, o aspecto legal sempre se concretiza após o fato social, acredita-se que essa discussão nos tribunais é extremamente positiva para a sociedade, e a tendência é que o instituto da separação obrigatória de bens ganhe uma nova interpretação, tendo em vista o expressivo aumento da expectativa de vida da população brasileira, o que, na maioria dos casos, dá ao indivíduo de 60 ou até mesmo de 70 anos, condições plenas para decidir e dispor sobre sua vida e seus bens.

Diante de todo o apresentado, sem prejuízo das diversas questões controvertidas que ainda mantêm vivos os debates a respeito da matéria, entende a melhor doutrina que o comando proibitivo inserto no art. 977 do Código Civil de 2002 constituiu significativo retrocesso em relação ao Código Civil de 1916, ao vedar a estipulação de sociedade entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens ou no regime da separação obrigatória, erigindo-se na contramão da doutrina e da jurisprudência pátrias, as quais já haviam consolidado entendimento em favor da inexistência de obstáculos para que o casal, independentemente de seu regime de bens, empreenda por intermédio do mesmo veículo societário.

3 O DIREITO DOS IDOSOS FRENTE O DIREITO DE FAMÍLIA

O ordenamento jurídico brasileiro vem ao longo dos anos sendo agraciado com sábias modificações em suas leis e entendimentos.

Percebe-se atualmente um especial cuidado do legislador em buscar, não somente criar leis adequadas à realidade brasileira, como também uma busca pela proteção daqueles que se encontram em desigualdade dos demais tutelados pela legislação comum.

Denota-se isso no cuidado de criar legislações específicas para determinadas minorias ou parcelas que necessitam de um tratamento diferenciado dos demais cidadãos, como por exemplo a Lei 8.609, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, o advento da Lei Maria da Penha, Lei 11.340, com o intuito de coibir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, surgiu o Estatuto do Idoso com a promulgação da Lei. 10.741 de 1º de outubro de 2003, a qual elencou e destacou os direitos dos idosos, os quais agora serão alvo de breve análise, ante o tema proposto nesta pesquisa.

3.1 O Envelhecimento Populacional

Graças ao avanço tecnológico, a humanidade vive um aumento em sua expectativa de vida da população adulta, vivenciando a diminuição da taxa de mortalidade, conseqüentemente ocasionando o envelhecimento populacional.

Ante esta situação, fica difícil determinar um conceito único, que atenda a todas as dimensões da condição de idoso e os desdobramentos que essa condição sugere no que diz respeito a deveres e direitos, não podendo limitar este conceito apenas pelo aspecto cronológico, como explica Robson Gonçalves Dourado, tendo em vista ser esta uma referência pouco precisa para conceituar o envelhecimento, por ser este um processo influenciado também por fatores biológicos, sociais e psicológicos, acrescentando ainda que:

A idade cronológica enquanto ponto demarcativo de uma etapa remete à definição de velhice, que é a situação ou condição de quem é considerado idoso ou velho, representando, portando, um ciclo ou estágio da existência humana e não significa nenhum tipo de patologia. Afora o aspecto biológico, a classificação de velhice decorre de aspectos sociais e culturais. (DOURADO. 2022)

Alguns aspectos exercem significativa influência no processo de envelhecimento populacional, conforme Sônia de Amorim Mascaro (2004, p. 67) nos apresenta alguns deles “o aumento da longevidade, o progresso social e científico, as transformações na estrutura familiar, a modernização dos costumes, os quais geraram mudanças significativas na sociedade e no comportamento das pessoas” onde, quanto maior a expectativa de vida, mais experiências passam a ser vivenciadas.

Ainda segundo a citada autora:

Verifica-se que houve elevação da expectativa de vida dos brasileiros, passando de cerca de 50 anos em 1950 para 67 anos atualmente, sendo que esse patamar deve atingir a faixa dos 72 anos até 2020. Em função disso, o início da "idade da velhice" está se retardando, o que possibilita a realização de novos projetos por parte das pessoas consideradas idosas e o prolongamento de seu envolvimento nas atividades sociais. (MASCARO. 2004, p. 68)

No caso do Brasil, de acordo com informações de pesquisas sobre a projeção da população nacional, divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a progressiva queda das taxas de fertilidade e mortalidade vêm provocando uma mudança na estrutura etária, diminuindo a população mais jovem e ocasionando o aumento proporcional dos idosos.

Segundo dados deste instituto atualizados em 2018, nos anos de 1980, a população brasileira encontrava-se proporcionalmente dividida entre indivíduos na faixa etária acima ou abaixo de 20,2 anos. Contudo, conforme o aumento da expectativa de vida da população, em 2050, a idade média populacional irá girar em torno dos 40 anos.

Outro dado comparativo importante registrado pela mesma pesquisa do IBGE, é que em 2000, as pessoas entre 0 a 14 anos representava 30% do total da população brasileira, e os maiores de 65 anos representavam apenas 5%. Entretanto, em uma projeção para o ano de 2050, o IBGE prevê que esses dois grupos etários se igualarão, representando cada um deles, 18% da população brasileira. Já no grupo de indivíduos com 80 anos ou mais, o Brasil tinha 1,8 milhão de idosos até o ano 2000, e a projeção para 2050 é que esse número atinja a casa de 13,7 milhões de indivíduos, exigindo que o Estado, adote políticas cada vez mais efetivas de atenção ao idoso.

Relativamente a saúde, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a população idosa como aquela a partir dos 60 anos de idade, mas para países mais desenvolvidos esse limite

passa para 65 anos. No caso do Brasil, a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e instituiu o Conselho Nacional do Idoso, define como idoso, aqueles cuja idade é igual ou superior os 60 anos.

Mediante este fato, algumas questões merecem atenção não só do Estado e sua responsabilidade na formulação de políticas públicas de atenção ao idoso, mas também de toda a sociedade, tendo em mente que o envelhecimento populacional exige ações integradas assegurando ao idoso condições de vida digna, proporcionado a essa população a oportunidade de preservar e manter a saúde, tanto no aspecto físico quanto mental, e acima de tudo, dar cidadania a este grupo de pessoas que ainda hoje tem sido discriminado em diversos setores da sociedade.

Um marco nesse sentido foi a promulgação da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, vindo, entre outras medidas, assegurar ao idoso, entendido como o indivíduo cuja idade seja igual ou superior a 60 anos, o direito constitucional da dignidade humana, conforme determina o art. 2º do Estatuto em referência:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 2º)

Já na área do Direito de Família, especificamente quanto a matéria de regime de bens, o ordenamento jurídico brasileiro foi, em 2010, sabiamente alterado com uma decisão inovadora e que reflete a atenção dos legisladores em adequar o Direito ao contexto social dos indivíduos.

Nessa oportunidade, ao alterar a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, por meio da Lei n. 12.344 de 9 de dezembro de 2010, aumentando de 60 para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime de separação obrigatória de bens no casamento, reconhecendo o legislador, por um lado, o aumento da expectativa de vida da população brasileira, o que ocasiona a abertura de novas possibilidades de convivência social e familiar para o indivíduo de idade mais avançada; e por outro lado, vem garantir que o Estado possa atuar no campo patrimonial, de forma coerente no que diz respeito aos efeitos jurídicos decorrentes de uma nova união contraída por meio do casamento civil ou da união estável.

É sob a prisma de que o indivíduo aos 70 anos de idade e em condições normais de saúde tem plena consciência de seus atos, podendo dispor de sua vida e do seu patrimônio da maneira que bem lhe aprouver, que a discussão sobre a inconstitucionalidade ou não do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, ganha importância cada vez maior no campo doutrinário, mesmo com a nova redação que lhe foi dada.

Se por um lado, portanto, o legislador inovou, aumentando de 60 para 70 anos, por outro lado deixou uma lacuna na legislação civil ao manter a obrigatoriedade do regime de separação de bens, estabelecendo certo conflito entre os direitos fundamentais recepcionados no art. 3º do Estatuto do Idoso, in verbis:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à **liberdade**, à **dignidade**, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 3º, grifo nosso.)

Ao enfatizar o direito à liberdade e à dignidade, tem-se o intuito de ressaltar que a dignidade está inserida no rol dos princípios fundamentais que asseguram a consolidação Estado Democrático de Direito, conforme o inciso III o art. 1º da Carta Magna, enquanto, que a liberdade está respaldada no direito fundamental expresso no art. 5º também da Constituição Federal de 1988, e que, juntamente o princípio da igualdade, têm relação com o tema abordado nesta pesquisa.

3.2 Os Direitos Fundamentais dos Idosos

Ao colocar o idoso nas mesmas condições de liberdade e dignidade em relação à pessoa humana, imediatamente a seguir, o art. 3º do Estatuto do Idoso elenca os seus direitos fundamentais, atribuindo a obrigação de sua garantia à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público, in verbis:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 3º)

O art. 2º da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que daqui para frente será referida como Estatuto do Idoso, como popularmente é conhecido, traz que:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 2º)

Nesse sentido, se extrai do citado dispositivo algumas constatações fáticas: primeira, que o idoso, estando em condições de liberdade e dignidade, merece o mesmo tratamento de igualdade previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”.

Segunda, se ao idoso é assegurada sua liberdade, também-lhe deve ser assegurado o respeito à sua vontade de vivenciar um novo relacionamento afetivo, em condições que não restrinja a sua liberdade, inclusive no que diz respeito à disposição de seu patrimônio, conforme determina o art. 1.639 do Código Civil: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” (BRASIL, Lei 10.405, 2002, art. 1.639)

A terceira constatação, por fim, é como um retrocesso pela forma taxativa como o Código Civil trata o idoso no âmbito do regime de bens: “É obrigatório o regime de separação de bens no casamento: [...] da pessoa maior de 70 anos; [...]”. (BRASIL, Lei 10.405, 2002, art. 1.641, inc. II)

Todavia, ante as relevantes verdades apresentadas por estas constatações, tais questionamentos levantados por esta pesquisa, serão melhor discutidos no Capítulo terceiro, que traz o tema da pesquisa, qual seja, a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil brasileiro, discussão está amparada por farta jurisprudência, acrescentada pelo posicionamento dos doutrinadores, onde muitos, mesmo não considerando inconstitucional o referido inciso, o considera no mínimo incongruente, tendo em vista a forma como os valores e os costumes da sociedade têm norteado o Direito de Família no sentido de que esse ramo do Direito atenda aos anseios do moderno conceito de família e suas peculiaridades.

Feito essas considerações, segue uma apresentação sintética acerca dos direitos fundamentais previstos no Estatuto do Idoso, tais como o direito à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, ao trabalho e o direito à convivência familiar, no sentido de contextualizar tais direitos e suas possíveis implicações para o Direito de Família.

3.2.1 Direito à Vida

O direito fundamental do idoso à vida encontra-se expresso no artigo 8º do Estatuto do Idoso, e este dispositivo vem para reafirmar o mesmo direito previsto no art. 5º da Constituição Federal como um direito fundamental do indivíduo.

O Estatuto do Idoso, no entanto, vai além da previsão constitucional ao estabelecer que, de acordo com o citado art. 8º, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social [...]”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 8º)

Os dispositivos que regulamentam os direitos personalíssimos estão expressos no Capítulo II do Código Civil, ao longo dos artigos 11 ao 21, e assim, ao definir o envelhecimento como um desses direitos, ou seja, um direito que se caracteriza por ser irrenunciável, irrestringível e inalienável, e a sua proteção como um direito social, quis o legislador assegurar prioridade de atendimento ao idoso em relação à saúde, educação, moradia, transporte, enfim, prioridade sobre tudo aquilo que diz respeito às políticas sociais públicas.

Válido ressaltar ainda que, assegurar a prioridade de atendimento ao idoso é, a princípio, uma competência do Estado, conforme determina o art. 9º do Estatuto em análise: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 9º)

Mesmo sendo competência do Estado, a obrigação de proteger a vida e a saúde do idoso acaba por recair também sobre a sociedade, incluindo-se a família do idoso, tendo em vista que tal proteção insere-se no contexto do direito da dignidade, liberdade, respeito, e direito à convivência familiar e comunitária.

3.2.2 Direito ao Trabalho

Reza o art. 26 do dispositivo em análise que “o idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 26)

Ao assegurar o direito ao trabalho, o Estatuto do Idoso rejeita todo e qualquer tipo de discriminação que tenha a idade como critério, conforme expresso em seu art. 27: “na admissão

do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.” (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 27)

Ainda, o Estatuto em análise foi inovador ao reconhecer a idade como critério para desempate em concursos públicos, conforma previsto no parágrafo único do art. 27 transcritos acima: “o primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 27, parágrafo único)

Importante destacar que, quando trata do direito à educação, o art. 21 do Estatuto do Idoso determina que: “o Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 21) Percebe-se no citado artigo, o cuidado e especial atenção dispensada pelo legislador em promover a inclusão de pessoas com idade elevada no mercado de trabalho, proporcionando as condições básicas para seu aprimoramento profissional, ressalta ainda que, conforme expresso no § 1º do citado art. 21, “os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna.” (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 21)

Com essa perspectiva de inclusão no mercado de trabalho e acesso à cultura, lazer, e metodologias que lhe garanta o acesso a tecnologias e manter-se inserido no moderno contexto social, ao Direito de Família cabe adotar adequações que possam traduzir essa perspectiva de vida em direitos e deveres assegurados pelo Estado, onde questões como a imposição de regime de separação legal de bens é ainda um aspecto discrepante num cenário onde o aumento da expectativa de vida fez com que pessoas acima de 60 anos busquem novas possibilidades de vida conjugal livre de qualquer tipo de restrição de sua liberdade e dignidade.

3.2.3 Direito à Convivência Familiar e Comunitária

Quanto ao direito que o idoso tem à convivência familiar e comunitária, o artigo 230 da Constituição Federal afirma que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (BRASIL, CF, 1988, art. 230).

Tal direito assegurado ao idoso por meio do inciso V, do § 1º do art. 10 do Estatuto do Idoso, vai de encontro às alterações na organização familiar que vem ocorrendo ao longo dos anos.

Segundo Ana Luiza Maia Nevares, essas mudanças se deram pelo fato de que “a família sofreu substancial retração em sua composição, substituindo-se a grande família patriarcal pela família conjugal, constituída pelo pai, mãe e filhos”. (2004, p. 6.)

Nesse cenário, a família, conforme traz a Carta Magna, encerra um conceito sociológico, pois acima de tudo, está fundamentada em relações de afeto, como mostra Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti:

Não há dúvidas de que o afeto, apesar de não ser determinante em algumas situações, ainda é elemento essencial na convivência entre um homem e uma mulher e não é o Estado e a Igreja que vão, com seu regramento, estabelecer a constância da comunhão de vida. (CAVALCANTI, 2019, p. 186)

Segundo Cristiano Chaves de Farias, a família, numa concepção sociológica, pode ser apresentada conforme ensina:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. (FARIAS. 2004, p. 8.)

A mais significativa mudança por que passou a família, portanto, foi a valorização da afetividade nas relações familiares, onde a família passou a ser um grupo de companheirismo e lugar de afeto, onde antes prevalecia seus fins econômicos, políticos, culturais e religiosos.

3.2.4 Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade

A redação do art. 10 do Estatuto do Idoso traz que “é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.”

Tal afirmação vem ressaltar a obrigação que cabe ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos fundamentais do idoso, enfatizando de forma específica, as situações que asseguram o direito de liberdade do idoso, conforme o § 1º, incisos de I a VII do citado art. 10 do Estatuto:

O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 10, § 1º)

O direito ao respeito é assegurado no mesmo art. 10, § 2º do Estatuto em análise, ao expressar que: “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 10, § 2º)

No que diz respeito à dignidade, este direito está expresso no § 3º do citado art. 10 do Estatuto do Idoso, determinando expressamente que “é dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 10, § 3º)

Importante neste momento, proceder a algumas considerações gerais sobre o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da igualdade configura-se como a norma constitucional com maior força geradora de direitos fundamentais, pois é a partir deste princípio que são exercidos todos os demais direitos. Entretanto, não são raros os debates sobre a igualdade prevista no texto constitucional.

A esse respeito, Henrique Savonitti Miranda ensina que o trecho do art. 5º da Constituição: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, já é suficiente para detectarmos o fundamento de um direito à igualdade. No entanto, o que merece exame mais cuidadoso é o tipo de isonomia que a norma constitucional pretende prestigiar, como esclarece ainda o autor em referência:

Sabemos que grande parte das expressões jurídicas são equívocas, vale dizer, portadoras de diversos significados [...] O desafio, por isso, consiste em construir o real significado semântico da expressão analisada. Na realidade, podemos perceber que a isonomia aí referida não representa a igualdade substancial, ou seja, o tratamento uniforme de todos os homens na fruição dos bens da vida, porque esta realidade não foi atingida em nenhum lugar do mundo, por diversos fatores que não cabe aqui delinear, mas a igualdade formal, que se consubstancia no tratamento isonômico de todos perante a lei. (MIRANDA. 2017, p. 202)

Ao definir isonomia, Savonitti Miranda usa o conceito formulado por Aristóteles: “isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem e na exata proporção de suas desigualdades”. (MIRANDA. 2017, p. 203)

Neste contexto, é de se entender que a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, levando em consideração que o elemento discriminador, conforme ensina André Ramos Tavares, determinante como causa da desigualdade deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente. (TAVARES. 2018, p. 525)

Visto dessa forma, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para o fato de que o princípio da isonomia proíbe a arbitrariedade, e por este motivo:

[...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente está afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO. 1993, p. 21)

Quanto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, André Ramos Tavares aponta existir certa dificuldade para conceituar tal princípio, assim como o direito à vida, por seu caráter abstrato e que abre espaço para diversas formas de interpretação e aplicação diante de circunstâncias específicas. Entretanto, o citado autor reitera que, o objetivo principal da inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição “foi fazer com que a pessoa seja o fundamento e o fim da sociedade”. (TAVARES. 2018, p. 508)

Nesse prisma, Ana Carolina Brochado Teixeira apresenta relevante esclarecimento ao afirmar que:

[...] a dignidade enquanto valor, está fundada no fato de que, estando a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, sua dignidade deve ser protegida e promovida; e enquanto princípio jurídico, uma vez que é o norte hermenêutico de todo o Direito, que exige a releitura de todos os institutos sob o novo olhar da pessoa humana, cujo conteúdo deve ser preenchido com os valores eleitos pela população. (TEIXEIRA. 2015, p. 65)

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, trazido pelo inciso III do art. 1º da Constituição Federal, é consequência das transformações sociais que foram abarcadas pelo legislador constituinte de 1988, conforme esclarece Ana Luiza Maia Nevares:

Ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o constituinte opta por superar o individualismo, ou seja, a concepção abstrata do homem, que marcou o tecido normativo codificado, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro do ordenamento jurídico. (NEVARES. 2016, p. 189)

Assim, uma vez que todas as pessoas são igualmente dignas, não pode haver maior proteção para umas, em detrimento de outras, pela escolha da forma de constituição da família, uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função: promover o desenvolvimento de seus membros.

Essa nova concepção advinda com a Constituição Federal elege como um dos seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme está explícito em seu art. 3º, inciso I.

Dessa forma, ao estabelecer a dignidade humana como um princípio fundamental no Direito de Família, o legislador constituinte determina também que o princípio da dignidade da pessoa humana é também a base para o planejamento familiar, conforme expresso no art. 226, § 7º, da Carta Magna.

Valendo-se das lições de Maria Berenice Dias, “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem”. (DIAS, 2020, p. 60)

No que diz respeito aos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade e sua relação com o regime de bens a ser adotado quando da celebração de ato nupcial, válido é ressaltar que, aos nubentes com idade inferior a 70 anos, aplica-se o regime da comunhão parcial

de bens, podendo ainda optar por um determinado regime por meio de convenção antenupcial, e ao impor o regime de separação obrigatória para aqueles com idade de 70 anos ou mais, o Código Civil contraria também o art. 4º do Estatuto do Idoso, ao estabelecer que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (BRASIL, 2003, art. 4º). E logo a seguir, o § 1º do citado artigo, assegura que “é dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso”. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 4º, § 1º)

Ora, se o Estatuto do Idoso, tem sua importância por se constituir em um dispositivo autônomo cuja função primordial é garantir o direito de indivíduos supostamente em condição de risco de sofrerem arbitrariedades, seja da forma que for, a própria legislação, na tentativa de proteger esse grupo de indivíduos, acaba por negar tal proteção ao limitar a vontade do idoso sobre a forma como deve dispor de seu patrimônio.

Tomando por fundamento o princípio da igualdade e da liberdade, Maria Berenice Dias, ao reforçar seu posicionamento contrário à aplicação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, assevera que:

[...] a limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional, em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. (DIAS. 2020, p. 517)

O regime de separação obrigatória de bens para os idosos tem como principal fundamentação a necessidade de proteção ao patrimônio, diante de um possível matrimônio por interesse econômico. Até aí o dispositivo em questão justifica-se e não merece nenhuma crítica, tendo em vista que, geralmente, uma pessoa com essa idade já tem uma vida estável financeiramente.

Essa condição, contudo, não deveria ser determinante nem servir de parâmetro legal para justificar a discriminação que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil impõe ao idoso num momento em que pode, por merecimento, usufruir das benesses que o seu patrimônio pode proporcionar.

É, portanto, como afirma Juliana Smarandescu, ao comentar que:

O simples fato de uma possível estabilidade financeira do idoso, não deveria ser determinante, nem servir de base para tal discriminação. Na verdade, acaba sendo um desestímulo para o idoso, ao passo que, tudo aquilo que lutou para ter a vida toda, não vai poder dispor da forma que bem lhe convir, apenas porque ultrapassou um certo limite de idade. Essa ideia é plenamente arbitrária e cerceia os direitos do homem ou mulher idosa em sua liberdade de dispor do que é somente seu, conquistado por mérito próprio. (SMARANDESCU.)

Considerando a igualdade material como um fato que deve ser acatado pelo Direito, esta igualdade só se concretiza por meio de leis específicas ou pela adoção por parte do Estado, de medidas públicas que venham proteger os direitos de grupos minoritários, que vivem uma realidade desigual no contexto geral da sociedade, como no caso dos idosos, por meio do Estatuto do Idoso, das crianças e dos adolescentes, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, das mulheres vítimas de violência doméstica, amparadas pela Lei Maria da Penha, entre outros grupos que, por serem minoritários, merecem um tratamento de igualdade respeitando suas desigualdades.

3.3 Implicações do Estatuto do Idoso para o Direito de Família

Quanto aos direitos do idoso e suas implicações para o Direito de Família, pode-se transcrever a opinião de Ricardo Régis Oliveira Veras, ao expor que:

É comum visualizar os direitos do idoso sob a ótica cívica e de família, mormente quando se trata de direito à alimentação, ao vestuário, bem como preferencialmente ser acolhido por sua família. Mas, ao analisar mais detidamente as questões da idade e de seus reflexos sociais, observamos que há um conjunto de políticas públicas tanto a nível governamental, como a nível social, e tendo por seu guardião, o Ministério Público. Nestes termos, é fácil intuir que os direitos do idoso, além de difícil implantação prática, deparam com a questão da complexidade, por ser multidisciplinar. (VERAS. 2009)

Nesta perspectiva, o questionamento recai sobre o fato de que, por sua característica multidisciplinar, ou seja, estar entrelaçado com outros ramos, os direitos do idoso enfrentam resistências no tocante à sua aplicação, resistências estas, advindas da sociedade e da própria família no sentido de aceitar plenamente tais direitos.

Assim, é de extrema valia ainda considerar que essa complexidade inerente à família, tem suas bases em interesses morais, afetivos e econômicos, conforme explica Paulo Nader:

Em sua estrutura e finalidade, a família é um grupo social sui generis, que encerra interesses morais, afetivos e econômicos. Antes de jurídica é uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, que centraliza interesses sociais da maior importância. O seu papel é relevante para a criação da prole, equilíbrio emocional de seus membros e para a formação da sociedade. [...] Além dos elos morais, a pequena sociedade visa a formar um patrimônio para a provisão das necessidades materiais de seus membros [...]. (NADER. 2018, v. 5, p. 5)

É com esse entendimento que Robson Gonçalves Dourado, esclarece que:

O novo ordenamento brasileiro se pauta essencialmente pela relação conjugal ou de companheirismo com base no princípio da afetividade ou personalismo (*affectio maritalis*) e não no patrimonialismo, como fora até então. No entanto, os arranjos familiares tendem a se tornar cada vez mais complexos e com desdobramentos na dimensão patrimonial, exigindo leitura jurídica sobre o tema com maior amplitude e criticidade, de forma a não se afastar quaisquer dimensões. (DOURADO. 2010.)

Visto assim, oportuno ressaltar também que a família gera efeitos jurídicos que não podem ser desconsiderados, e, portanto, conforme Paulo Lobo:

[...] o desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar [...] A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. (LOBO. 2021, p. 12)

Ao tratar do Direito de Família a Constituição Federal de 1988 representou um avanço indiscutível, e de forma especial, quando se trata dos direitos específicos do idoso, conforme enfatiza Pérola Melissa Braga, tais direitos podem ser assim sintetizados:

[...] o direito à vida engloba não apenas longevidade, mas ao envelhecimento com dignidade, respeito, proteção e inserção social. No que se refere ao direito à liberdade, deve ser ele propiciado ao idoso por meio de providências reais por parte do Estado e da sociedade, principalmente a independência familiar e social, através de prestações previdenciárias e assistenciais eficazes. Já o direito à igualdade, deve resguardar aos idosos as mesmas condições das demais pessoas, que vivem em sociedade. Quanto ao direito à cidadania, sua importância está em possibilitar ao idoso conservar a capacidade de analisar e compreender a realidade política e social, criticá-la e atuar sobre ela. (BRAGA. 2011, p. 108)

Conforme citado anteriormente, o aumento da expectativa de vida da população brasileira tem dado ao idoso a possibilidade de vivenciar situações de convivência social que, em maior ou menor grau, geram implicações ao Direito de Família, especialmente quando estas possibilidades estão relacionadas a relacionamentos afetivos e suas implicações jurídicas, contraídos ou pelo casamento, ou pela união estável.

Dessa forma, no âmbito do Direito de Família, as regras que se aplicam aos idosos apresentam-se dispersas e em algumas circunstâncias contrariam os direitos fundamentais do idoso, principalmente o da igualdade, liberdade e dignidade, no que diz respeito à imposição do regime obrigatório de separação de bens aos indivíduos acima de 70 anos.

Tendo esse foco, o Capítulo terceiro terá por finalidade discutir o caráter protetivo e/ou restritivo do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, atendendo assim, ao objetivo proposto pela pesquisa, ou seja, o de analisar a inconstitucionalidade ou não do referido dispositivo legal.

4 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS IDOSOS

Regulada pela legislação civil e acolhida pela Constituição Federal, a família não é um ente abstrato, como sabiamente ensina Sílvio Rodrigues (1981, p.4), e sim, uma realidade social que transcende a lei, envolvendo situações de índole social, econômica, moral e religiosa, dentre outras.

Ao ser merecedora da proteção do Estado, a família não encontra limites quanto à sua origem, quer tenha ela se constituído pelo casamento civil ou religioso, pela união estável ou por outro meio previsto por lei.

4.1 A Questão Jurídica do Regime de Bens

Carlos Roberto Gonçalves, mantendo o entendimento de Sílvio Rodrigues no que diz respeito às situações que envolvem a família, contextualiza as consequências geradas por este instituto sob três aspectos: o pessoal, o social e o patrimonial, esclarecendo que:

Os aspectos pessoais restringem-se, em geral, aos cônjuges e filhos, sendo eminentemente de natureza ética e social. As consequências jurídicas desses aspectos contemplam os direitos e deveres dos cônjuges – união exclusiva e fidelidade recíproca – e dos pais em relação aos filhos. Os aspectos sociais com implicações jurídicas envolvem a interferência do Estado na definição de regras da relação conjugal, das responsabilidades dos cônjuges, dos deveres e direitos. Em relação aos efeitos patrimoniais, este aspecto se manifesta no regime de bens, nas doações mútuas, na obrigação de sustento que um tem para com o outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos no transcorrer do poder familiar, no direito sucessório etc. (GONÇALVES. 2017, v. 6, p. 167)

O regime de bens, portanto, consiste em um dos desdobramentos dos efeitos patrimoniais gerados com o casamento, estando disciplinado ao longo dos artigos 1.639 a 1.688 do Código Civil, quando trata do Direito Patrimonial, cujas formas já foram explicitadas em capítulo anterior.

Ao formular um conceito de regime de bens, Regina Beatriz Tavares da Silva ensina que tal instituto “é o conjunto de princípios e normas referentes ao patrimônio dos cônjuges, que regulam os interesses econômicos oriundos do casamento, podendo ser chamado de ‘estatuto patrimonial’ da sociedade conjugal”. (TAVARES, 2008, p. 1.787.)

Basicamente o Código Civil prevê quatro opções de regime de bens de livre escolha pelos nubentes, ou seja: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671); participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686), e regime de separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

O citado Código ainda prevê um quinto regime, de caráter impositivo, disciplinado no art. 1.641 do Código Civil, que é o regime de separação obrigatória de bens, ou regime de separação legal, imposição a ser observada em circunstâncias específicas, como no caso das pessoas que contraírem casamento sem a observância das causas suspensivas (inciso I); da pessoa maior de 70 anos (inciso II); e de todos os que dependem de suprimento judicial para se casar (inciso III). (BRASIL, Lei 10.406, 2002, art. 1641)

No rol desses desdobramentos pertinentes ao regime de bens, a princípio prevalece a regra de não-alteração do regime escolhido, sendo que a exceção é aquela prevista no § 2º do art. 1.639 do Código em análise, que ocorre mediante autorização judicial em pedido motivado pelas duas partes, cabendo ao juiz atestar a procedência dos motivos apresentados e dar provimento ao pedido de alteração do regime de bens, respeitando ainda os interesses de terceiros.

Além dessas possibilidades de regime de bens, uma característica do ordenamento jurídico brasileiro no âmbito dessa matéria, é a possibilidade de combinação de regimes, circunstância onde as partes podem optar por um tipo misto, sem, contudo, caracterizar um sexto tipo de regime de bens.

A esse respeito, José Hildor Leal apresenta o seguinte esclarecimento:

Considerando que lei permite aos nubentes estipular o que melhor lhes aprouver quanto aos bens (art. 1.639 do Código Civil), alguns doutrinadores entendem haver um sexto regime patrimonial, a que denominam regime misto. Não há um sexto regime de bens. Não existe regime misto. O que a lei permite é que os cônjuges estabeleçam, conforme o regime escolhido, e nas hipóteses em que seja possível, algumas disposições estranhas ao regime pactuado, como, por exemplo, excluir da comunhão um bem que não será considerado aquesto, permanecendo de propriedade particular de um só deles, contrariando a regra da comunicabilidade, ou, por outro lado, adotando o regime da separação, ajustam que certo bem passe a ser comum, quando não o seria, em face da natureza deste regime. (LEAL. 2011)

No campo doutrinário, percebe-se forte tendência a classificar o inciso II do art. 1.641 do referido Código como inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, contrariando ainda, o disposto no art. 1.639 do mesmo dispositivo

em questão, que assegura liberdade para os nubentes disporem dos seus bens como bem lhes aprouver.

Além disso, não é incomum tal dispositivo ser classificado como protetivo ou restritivo de direitos, e nesse sentido, a seguir são apresentadas algumas considerações relativas a essa discussão antes de aprofundar a discussão sobre a suposta inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

4.2 O Caráter Protetivo ou Restritivo do Inciso II do Art. 1.641

No âmbito do casamento, cabe aos consortes fazer a opção pelo regime de bens que melhor lhes aprouver, conforme estabelece o art. 1.639 do Código Civil. Essa disposição vai ao encontro do princípio da liberdade que, no Direito de Família, conforme ensina Paulo Lobo:

[...] está relacionado à faculdade de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, isento de quaisquer intervenções ou restrições provenientes de parentes, da sociedade ou do legislador. Naturalmente o exercício de tal liberdade ocorre observando regras presentes no ordenamento jurídico, especificamente no Direito de Família. Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. [...] O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção [...]. (LOBO. 2020, p.47.)

Muito oportuna tal explanação tendo em vista este raciocínio sugerir que a liberdade se materializa pela manifestação da vontade, e no contexto dos arranjos familiares, a escolha de um determinado regime de bens no casamento também é fruto da manifestação da vontade dos nubentes, e qualquer iniciativa que venha restringir o direito de escolha, vai contra ao princípio da liberdade, sendo o inciso II do art. 1.641 do Código Civil um exemplo claro de restrição de direitos, ao impor a obrigatoriedade do regime de separação de bens a pessoas maiores de 70 anos.

No âmbito da discussão sobre o caráter protetivo ou restritivo do dispositivo em análise, é oportuno considerar que os princípios da proteção integral estão elencados nos arts. 227 a 230 da Constituição Federal, primeiramente a proteção relativa à criança, ao adolescente e à família, e de forma específica, ao idoso, conforme previsto no art. 230, determinando expressamente que: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando

sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. (BRASIL, CF, 1988, art. 230)

Confirmando o princípio da proteção integral ao idoso, a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), repete o texto constitucional, determinando expressamente que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Lei 10.741, 2003, art. 3º)

Voltando-se à discussão sobre o inciso II do art. 1.641 do Código Civil, no que diz respeito ao seu caráter protetivo ou restritivo, Carlos Roberto Gonçalves, orienta que não cabe nessa matéria recorrer ao pacto antenupcial, por se tratar de regime imposto por lei no sentido de proteger direitos de pessoas em situações específicas, embora, no entendimento de alguns doutrinadores, tal dispositivo foge do seu âmbito de atuação, assumindo uma conotação patrimonialista e às vezes contrária à igualdade constitucional. Segundo o referido autor:

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a disposição legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como os menores de 16, as maiores de 60 anos e todas as que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. (GONÇALVES. 2017, p. 422)

Silvio de Salvo Venosa, ao fazer referência à diferença de idade para homem e mulher prevista no Código Civil de 1916 em comparação ao Código de 2002, ressalta o avanço do Direito Civil e se adequar ao texto constitucional de 1988, no âmbito do princípio da igualdade de direitos entre homem e mulher, ensinando que:

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendeu 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. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabelece a idade de 60 anos para ambos os sexos. (VENOSA. 2022, p. 326.)

No entanto, na prática, o princípio da igualdade previsto no texto constitucional, diz respeito ao aspecto formal, que coloca homens e mulheres em condições de igualdade perante a lei, exigindo melhor interpretação em circunstâncias específicas, como nos casos onde o legislador procura proteger de forma diferente os direitos da mulher, especialmente nas questões trabalhistas onde fica evidente essa diferença entre homens e mulheres no art. 7º, inciso XX, quando a Carta Magna estabelece proteção do mercado de trabalho da mulher.

Válido ressaltar, portanto, embora a doutrina que se posiciona a favor da aplicação do inciso, alegando o mesmo ter o caráter protetivo, cumprindo o dever do Estado de proteger o idoso, ou que ainda, busca proteger o idoso, mesmo que para isso, use de meios que o restrinja seu direito, infelizmente o entendimento de que o inciso apresenta apenas caráter restritivo é o mais acertado, coibindo os idosos e tratando-os de forma preconceituosa, impedindo os tutelados pela imposição do inciso, de constituírem bens com seu respectivo cônjuge.

4.3 A Inconstitucionalidade do Inciso II do Art. 1.641 do Código Civil

No sentido de evitar possíveis questionamentos futuros, é oportuno ressaltar que, para efeito desta pesquisa, discute-se a inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil no âmbito do casamento, tendo em vista que o referido Código não prevê tal imposição quando trata das relações patrimoniais no âmbito da união estável, sugerindo o regime da comunhão parcial de bens.

Nesse sentido, reza o art. 1.725 do Código em comento que: “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, Lei 10.405, 2002, Art. 1.725)

A título de exemplificação, oportuno relatar que entre os doutrinadores, existe uma corrente que, ao se posicionar contrária à aplicação do regime obrigatório de bens para idosos no âmbito do casamento, vai mais além, asseverando que, no âmbito da união estável, além de não estar previsto no Código Civil, o inciso II do art. 1.641 não poderia ser aplicado nem mesmo por analogia. Este, portanto, é o caso de Maria Berenice Dias que, ao justificar seu posicionamento, faz referência ao Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), no qual foi relatora:

UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DE BENS. Não se aplica à união estável o regime da separação obrigatória de bens previsto no art. 1.641 do CC, ainda que os conviventes sejam maiores de 60 anos, seja porque a legislação própria prevê o regime condominial, sendo presumido o esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado na vigência do relacionamento, seja porque descabe a aplicação analógica de normas restritivas de direitos ou excepcionais. (DIAS. 2020, p. 166.)

Além de não prever a imposição da separação legal de bens, o legislador do Código Civil também não definiu expressamente as modalidades de regime de bens na união estável, omissão esta justificada talvez por acreditar que toda união estável venha a ser convertida em casamento civil.

Considerando, no entanto, que esta pesquisa não consiste em discutir as igualdades e diferenças entre casamento e união estável, ao fazer referência ao regime de bens e seus desdobramentos jurídicos, este instituto será considerado sempre no âmbito do casamento civil.

Após essas breves considerações, é de se observar que a discussão nos tribunais sobre a inconstitucionalidade ou não do inciso II do art. 1.641 do Código Civil divide os doutrinadores em duas correntes: uma a favor e outra contra. Contrários à aplicação de tal dispositivo, encontra-se o posicionamento de doutrinadores como Paulo Luiz Netto Lobo, Maria Berenice Dias, Silvio de Salvo Venosa, Caio Mário da Silva Pereira, entre outros, ao passo que Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves e Regina Beatriz Tavares da Silva, são alguns que se posicionam a favor de sua aplicação.

Um ponto em comum que tem fundamentado a posição contrária de se adotar o regime de separação legal de bens entre indivíduos a partir dos 70 anos, situa-se no argumento de que tal dispositivo viola os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, Paulo Luiz Netto Lobo, ao justificar sua posição, assevera que:

[...] a hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus. (LOBO. 2021, p. 64.)

O Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios fundamentais expressos pelo texto constitucional, estabelece entre tais princípios, a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição Federal).

O legislador, ao escrever que o valor da dignidade humana se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional, determina que, em toda e qualquer circunstância, o intérprete terá por obrigação a observância de tal princípio, sendo que qualquer interpretação contrária deve ser tida como inconstitucional.

O caráter inconstitucional do dispositivo em análise, além do exposto acima, anda na contramão de uma realidade social, ou seja, a elevação a expectativa de vida dos brasileiros, onde não cabe qualquer tipo de iniciativa que promova a restrição de direitos ou que venha inibir a manifestação da vontade baseada pelo critério da idade cronológica do indivíduo, como é o caso explícito do inciso II do referido art. 1.641 do Código Civil. Nesse aspecto, Robson Gonçalves Dourado apresenta o seguinte relato:

Os doutrinadores contrários ao referido dispositivo argumentam, ainda, que não há fundamentação científica para aceitar a restrição imposta aos maiores de 60 anos, visto que estas pessoas chegam à maturidade de conhecimentos de vida pessoal, familiar e profissional, motivos pelos quais, devem ser prestigiadas quanto à capacidade de discernimento por si mesmas. (DOURADO. 2010.)

Com o claro intuito de manter a redação original do texto acima transcrito, manteve-se o termo “maiores de 60 anos” na referida citação, embora seja do conhecimento que tal idade foi elevada para 70 anos por meio da Lei n. 12.344, de dezembro de 2010.

Fazendo referência ao critério de idade e contrária à aplicação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, Maria Berenice Dias, ao justificar seu posicionamento, vai além, afirmando que tal dispositivo se configura como uma sanção ao idoso e uma afronta ao seu Estatuto, colocando em evidência o caráter restritivo de tal dispositivo, como se pode atestar a seguir:

[...] A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção [...] em todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção ao menos existem justificativas de ordem patrimonial, ou seja, consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Com relação aos idosos, há presunção absoluta de senilidade. 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 [...]. (DIAS. 2020, p. 229.)

De forma bem mais objetiva, Caio Mário da Silva Pereira, ao justificar seu posicionamento contrário à aplicação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, simplesmente

afirma que não existe razão, nem de natureza econômica nem de natureza moral, para a existência de tal dispositivo, muito menos considerá-lo de caráter protetivo, tendo em vista que a hipótese de se concretizar um casamento por outro interesse senão o afetivo, é uma possibilidade que pode vir a acontecer em qualquer faixa etária, não sendo, portanto, uma prerrogativa da pessoa idosa. Assim se manifestou Caio Mário:

[...] Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão de subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades isso pode existir. (PEREIRA. 2010, p. 197)

Ainda no que diz respeito à idade cronológica, acrescenta-se o fato de que, na constituição do casamento do idoso, os envolvidos precisam estar gozando de um estado de saúde satisfatória e com plena capacidade psicológica para manifestar sua vontade, inclusive quando a forma de dispor de seus bens. Nesse contexto, o caráter protetivo do inciso II do art. 1.641 do Código Civil também não procede. Se por um lado, tal dispositivo proíbe que o patrimônio de uma das partes seja repartido com a outra, por outro lado o mesmo Código Civil abre a possibilidade de o idoso dispor de seus bens por doação, o que pode ocorrer mesmo no âmbito do casamento com regime de separação obrigatória de bens, desde que seja a sua vontade, conforme reza o art. 538 do citado Código: “considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. (BRASIL, Lei 10.406, 2002, art. 538)

Essa possibilidade, portanto, vem atestar que existem outras formas de divisão do patrimônio fora do âmbito do regime de bens previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, e um fato importante é que, também no caso da doação, desde que não contrarie os direitos sucessórios dos herdeiros, deve ser respeitada a liberdade e a manifestação da vontade daquele que está doando.

Se por um lado, a doutrina contrária ao inciso II do art. 1.641 do Código Civil justifica tal posicionamento alegando violação da liberdade e dignidade, dando ao referido inciso uma conotação restritiva de direitos, por outro lado, a corrente favorável ao regime de separação obrigatória de bens acredita fielmente no caráter protetivo que tal dispositivo encerra no que diz respeito à proteção do patrimônio do idoso, os seus interesses próprios e interesses de seus familiares gerados em decorrência de relacionamento contraído anteriormente. Alega-se ainda

a condição de vulnerabilidade afetiva inerente à pessoa idosa e que, por essa condição, torna-se um alvo potencial para aproveitadores de toda sorte.

Washington de Barros Monteiro, ao justificar sua defesa ao regime obrigatório de separação de bens no casamento do idoso, assim contextualiza tal regime: “eis o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando se casou, sendo incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”. (MONTEIRO, 2017, p. 215).

Mais adiante, o citado autor procura minimizar o argumento da corrente contrária de que o inciso restringe direitos e viola o princípio da liberdade, partindo do seguinte ponto de vista:

[...] 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 do 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, D). É de salientar-se 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 de sangue. (MONTEIRO. 2017, p. 215)

Na opinião de Carlos Roberto Gonçalves, a aplicação do regime obrigatório de separação entre idosos é aplicável e se sugere algum tipo de restrição, o citado autor entende que tal restrição é de caráter protetivo, ou seja:

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 estabelece a mesma idade pra 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. (GONÇALVES. 2020, p. 423)

De outra forma, mas com o mesmo sentido de proteção dos interesses do idoso, alega-se que o dispositivo em tela se trata de prudência legislativa, ou seja, é uma forma de impedir o uso de subterfúgios para burlar a lei, como a doação feita por sexagenário.

No centro dessa discussão, no entanto, Sílvio de Salvo Venosa, com muita propriedade, aponta o melhor caminho para acabar com o impasse que envolve o regime de bens no casamento, afirmando categoricamente que:

[...] O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, é o da comunhão parcial. É de crucial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens. (VENOSA. 2022, p. 326)

O autor, nesse aspecto, invoca o princípio da justiça e dos direitos iguais nos relacionamentos afetivos duradouros, no âmbito do casamento civil e até mesmo da união estável, tendo em vista que o esforço de um e de outro devem ser reconhecidos e seus bens repartidos igualmente, devendo ser afastada qualquer possibilidade de separação de bens sob o risco de, em caso contrário, incorrer em violação ao princípio da igualdade.

4.4 Análise Jurisprudencial

Antes de tratar da jurisprudência acerca da inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, é oportuno tecer algumas considerações sobre o contexto da Súmula 377 editada pelo Supremo Tribunal Federal, ao prever que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, tendo em vista que, no âmbito doutrinário, não é incomum a jurisprudência se referir a tal Súmula como mais um forte argumento de que o regime de separação obrigatória de bens é inconstitucional.

Valendo-se dos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o teor da referida Súmula 377, consiste em uma manobra para relativizar a questão da separação obrigatória de bens determinada pelo art. 1.641 do Código Civil, ao permitir a comunhão do patrimônio adquirido na constância do casamento por esforço comum do casal. Tal previsão, de acordo com os citados autores:

[...] é caso típico de reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo aplicável ao regime matrimonial de bens, garantindo a dignidade das pessoas envolvidas, tendo em vista que não se concebe, atualmente, a existência de alguma pessoa humana sem um mínimo de patrimônio que permita o desenvolvimento das atividades civis e, por conseguinte, não se pode conceber relação matrimonial que não conte com a tutela mínima necessária para resguardar as pessoas envolvidas. (FARIAS; ROSENVALD. 2017, p. 209.)

Assim sendo, conforme acrescenta ainda os citados autores, esta influência da dignidade humana sobre o regime de bens tem sido percebida de modo tão expressivo que no meio doutrinário, há quem sustente a inconveniência da manutenção das regras do regime de bens no Direito de Família, transferindo tal competência para o Direito das Obrigações e dos Direitos Reais.

Em outra circunstância, Paloma Braga Araújo de Souza, ao se referir à Súmula 377 do STF, assevera que:

O objetivo dessa súmula aprovada em 1964 é a partilha dos aquestos adquiridos pelo esforço comum na constância do casamento, obstando-se, assim, o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges. O que se percebe é que desde a vigência da lei civil anterior, o Supremo já tentava dirimir os efeitos nefastos do regime de separação obrigatória de bens – orientação que, lamentavelmente, não foi seguida pelo legislador da nova codificação. (SOUZA. 2007.)

Por esse entendimento, a citada autora expressa sua opinião enfatizando que a Súmula 377 do STF, cuja aplicabilidade atualmente não cabe ser questionada, é mais um argumento a corroborar a inconstitucionalidade material do art. 1.641, inciso II do Código Civil, relatando ainda, jurisprudência de Recurso Especial não reconhecido pelo STJ:

DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUÊSTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o de cujus por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 154896 / RJ; Relator(a) Ministro Fernando Gonçalves Data do Julgamento 20/11/2003). (SOUZA. 2007.)

A jurisprudência contrária a tal regime é vasta e de longa data essa discussão é tema presente nos tribunais, e embora a Súmula 377 do STF tenha a visível intenção de amenizar tal arbitrariedade, ao determinar que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, a violação do direito de liberdade do idoso e o caráter discriminatório e restritivo do inciso II do art. 1.641 prevalece no meio doutrinário. Tal situação pode ser constatada diante da jurisprudência citada a seguir:

CASAMENTO – Regime de separação de bens imposto pelo art. 258, par. ún., II, do CC – Norma incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF – Inadmissibilidade de se conferir à cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto pela convivente – Aplicação analogia legis do art. 226, § 3º, da CF e do art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96. A norma estampada no art. 258, par. ún., II, do CC, não foi recepcionada pela ordem jurídica atual por ser incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF. Afastado, portanto, o regime obrigatório de separação de bens, não se justifica a aplicação do disposto no art. §1º do art. 1.611 do CC. Aplicando-se a analogia legis, não se pode conferir a cônjuge sobrevivente direito em menor extensão que o previsto em lei para a simples convivente, consoante art. 226, §3º, da Constituição da República e o que dispõe o art. 7º, par. ún., da Lei 9.278/96, que, com base na regra constitucional, confere ao convivente sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência familiar." (AC nº 74.788-4/6 – 10ª CCTJSP – rel. Des. Paulo Menezes – j. em 13.04.1999 – in RT 767/224). No mesmo sentido acórdão objeto da nota nº 30 a seguir: AC nº 007.512-4/2 – 2ª CCTJSP – rel. Des. Cezar Peluzo – j. em 18.08.1998 – in RT 758/106-7. (exemplos: TJSP, Ap. Cível 74.788-4/6, 10ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Menezes, julgada em 13 de abril de 1999, in Revista dos Tribunais, ano 88, vol. 767, setembro 1999, pp. 223/226 e e ainda que o Projeto de Lei acima mencionado seja ao final aprovado e sancionado, por manter a lógica do regime atual, será alvo das mesmas críticas. (SMARANDESCU.)

Observe-se que o referido julgado, com data de 1999, ainda faz referência ao Código Civil de 1916, que previa o regime de separação obrigatória de bens em seu art. 258, inciso II, inciso este que foi preservado também pelo legislador de 2002.

Julgado de 2003 da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já incorporando o texto da Súmula 377 do STF, faz valer tal previsão no âmbito da separação judicial litigiosa:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e equânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte. (Apelação Cível Nº 70007503766, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/12/2003). (SMARANDESCU.)

Sinalizando uma clara necessidade de mudança da legislação, inclusive com manifestação jurisprudencial, no sentido de reconhecer a possibilidade de escolha do regime de bens para os maiores de sessenta anos, o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, afasta a

aplicação do inciso II do art. 1.641 e reconhece que o idoso pode dispor de seu patrimônio como lhe convier, especialmente em processos de doação, conforme transcrito a seguir:

CASAMENTO – Regime de Bens – Separação legal Obrigatória – Nubente Sexagenário – Doação à consorte – Validez – Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único (atual art. 1641, CC), que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual – Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da CF em vigor – Improcedência da Ação Anulatória – Improvimento dos recursos. É válida toda doação feita ao outro cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva ('substantive due process of law'), já não vige a restrição constante do art. 258, par. Único, II, do CC (atual art. 1641, CC). (TJ/SP, Ac. 2º Câ. De Direito Privado, Ap. Cív. 007.512-4/2-00 – comarca de São José do Rio Preto, rel. Des. Cezar Peluso, j. 18.8.98, in RBDfam 1:98). (SMARANDESCU.)

Oportuno comentar que a imposição do regime de separação obrigatória de bens não está prevista no caso da união estável, o que, para Maria Berenice Dias, lesiona o princípio da isonomia, no que se refere ao tratamento desigual entre casamento e união estável. De acordo com a citada autora: "se o objetivo é proteger, a alternativa que não viola os princípios da igualdade e da liberdade é determinar que os nubentes, no procedimento de habilitação para o casamento, procedam uma declaração de patrimônio". (DIAS. 2020, p. 215.)

Em contrapartida, entendimentos doutrinários favoráveis à aplicação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, defendem que tal dispositivo se configura como norma compatível com o ordenamento jurídico, conforme relatam José Fernandes Simão e Flávio Tartuce:

[...] o dispositivo evita que a pessoa com mais de 60 anos seja iludida por alguém mal-intencionado. Sob a ótica do legislador, evita-se, assim, o enriquecimento fácil de pessoas inescrupulosas que se valem da carência alheia. Em resposta aos que atacam essa visão, é apresentado que em nada esse dispositivo confronta o ordenamento, pois consiste em norma restritiva de direito que aconteceu com apoio na possibilidade de em confronto normativo ter prevalecido a que melhor atende a realidade fática, sendo, portanto, absolutamente admissível. (SIMÃO; TARTUCE. 2019, p. 155.)

Por último, cabe ainda ressaltar que no âmbito dessa polêmica, tem prevalecido a aplicação do dispositivo em discussão, mesmo diante do crescente posicionamento que alegam a inconstitucionalidade do mesmo, baseada ou na violação dos direitos do idoso, ou na ineficácia da norma na proteção ao patrimônio do mesmo, conforme muito acertadamente comenta Daniella de Andrade Rosas:

A norma ora apreciada, em caso de real má-fé e interesse puramente econômico, diante de pessoas tidas como oportunistas e interesseiras, demonstra-se ineficaz, haja vista que, sabedor da imposição de regime de separação de bens, o "interesseiro" poderia, simplesmente, demandar por declaração de união estável, com escolha livre de qualquer regime de bens, inclusive, de comunhão universal, mediante simples contrato ou declaração. Poderia ainda sugerir ou exigir, em troca de convivência ou favores pessoais de qualquer natureza, a transferência de bens, através da doação e de testamento. (ROSAS. 2010.)

Conforme mencionado anteriormente, nestes casos, não existe nenhuma previsão legal ou proibição no sentido de impor limites de idade nos casos de se optar por união estável ou em dispor do patrimônio por doação, devendo ser respeitados apenas, os limites da reserva de bens ou renda suficientes para a subsistência do doador, ou no caso de testamento, deve-se respeitar a parte dos herdeiros, denominada de legítima.

Diante do que foi apresentado, o regime obrigatório de separação de bens para os maiores de 70 anos, sob seu aspecto protetivo, conforme prevê o inciso II do art. 1.641 do Código Civil, não tem sustentação legal suficiente, onde a edição da Súmula 377 do STF apresenta-se como uma manobra para afastar o caráter inconstitucional do tal dispositivo, não fazendo mais sentido, manter o regime de separação obrigatória de bens, pois o melhor regime ainda e o que melhor atende aos anseios da sociedade, é o da comunhão parcial, como muito bem vislumbrou Sílvio de Salvo Venosa.

5 CONCLUSÃO

Percebe-se o posicionamento de uma parcela da doutrina, no sentido de abordar a imposição legal da separação legal de bens como regime obrigatório para pessoas maiores de 70 anos que contraem casamento, como sendo um ato que fere de maneira incisiva alguns dos princípios fundamentais, como o da liberdade, o da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Em situações diversas, o ordenamento jurídico pátrio determina que o patrimônio do indivíduo, em regra, são bens que ele pode dispor da maneira que lhe convier, observando algumas excepcionalidades previstas em Lei. Por esta razão, não haveria o legislador e alguns outros doutrinadores, sob a pretensa argumentação de ser dever do Estado defender estes maiores de 70 anos, de possíveis pessoas interessadas em contrair matrimônio, com único interesse pelo eventual patrimônio, utilizando-se de um “princípio paternalista” do Estado para defendê-los destes possíveis “golpes”, como se estes não fossem completamente capazes para tal administração.

Para outros doutrinadores e estudiosos, todavia, os quais defendem a Constitucionalidade do dispositivo supracitado, fundamentam seu posicionamento baseados no fato de que é papel do Estado tutelar os cidadãos a partir dos 70 anos de idade.

No âmbito dessa discussão, as opiniões favoráveis à inconstitucionalidade da imposição legal do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos, ganha relevância, tendo em vista que no meio doutrinário, confirmado pela jurisprudência apresentada, é possível vislumbrar uma lenta, porém, consistente, tendência de adequação dos dispositivos legais que tratam de tal matéria, tendência essa que irá atender aos anseios desse grupo social acima dos 70 anos, no que diz respeito a ter sua vontade respeitada e seus direitos assegurados.

Para aqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em referência, estes são unânimes em afirmar que esta imposição feita pelo legislador fere os princípios acima citados, além disso, alegam que o Estado não pode interferir nos direitos patrimoniais disponíveis das pessoas, sobre a premissa de que desta forma estariam defendendo-os de eventuais aventureiros interessados nos bens destes maiores de 70 anos, ao se casarem.

Posicionam-se, ainda, defendendo o fato de que, a pessoa ser maior de 70 anos, por exemplo, não implica dizer que este cidadão não esteja gozando de suas faculdades mentais para discernir entre o certo ou errado, devendo ou não se casar com uma pessoa mais nova que ele.

Sabe-se, que no convívio em meio a sociedade, o aspecto legal sempre se materializa após o fato social, e sendo assim, acredita-se que essa discussão nos tribunais é extremamente positiva para a sociedade, e a tendência é que o instituto da separação obrigatória de bens ganhe uma nova interpretação, tendo em vista o expressivo aumento da expectativa de vida da população brasileira, o que, na maioria dos casos, dá ao indivíduo de 70 anos, condições plenas para decidir e dispor sobre sua vida e seus bens.

Assim, e motivado pelo posicionamento dos doutrinadores, a farta jurisprudência a favor da inconstitucionalidade deste regime obrigatório e respeitando o entendimento em favor da imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, este discente se posiciona com a corrente que defende a não aplicação do regime da separação obrigatória de bens.

REFERÊNCIAS

- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso). Disponível em: L10741 (planalto.gov.br); Acesso em: 07 nov. 2022.
- BRASIL. Constituição Federal. – 7. ed. – Barueri, São Paulo: Manole, 2015.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2019.
- DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Código Civil comentado**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2020. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DOURADO, Robson Gonçalves. **União estável de idoso(a) e o regime de separação obrigatória de bens: possibilidades e incongruências**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2737, 29 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18130>>. Acesso em 07 out 2022.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Revista Brasileira de Direito de Família**. IBDFAM. Síntese. Porto Alegre: n.23, abr./maio 2004.
- FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2017.
- GONÇALVES, Denise Willhelm. **Regime de bens no código civil brasileiro vigente**. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 22, fev./mar. de 2010. Acesso em: 15 set. 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em 08 out 2022.
- IBGE. Censos Demográficos. Indicadores sociais: uma análise da década de 1980/1990. Rio de Janeiro: IBGE, 1995. p33, quadro 4. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/notas_indicadores.shtm> Acesso em: 24 nov 2022.
- IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de Indicadores Sociais Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira 2010 In: Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica, número 27. Rio de Janeiro, 2010. 123 IBGE. Disponível em: Acesso em: 24 nov. 2022.

LEAL, José Hildor. **Regime de bens: regime misto?** Blog do Colégio Notarial do Brasil. Artigo postado em 5/abr./2011. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/?link=visualizaArtigo&cod=216>> Acesso em: 08 out. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, v. 9: famílias.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil, v. 8: Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MASCARO, Sônia de Amorim. **O que é velhice.** São Paulo: Brasiliense, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev., ampl., e atual. Brasília: Senado Federal, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v. 2: direito de família.** 37. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1913-2004. **Instituições de direito civil: direito de família/Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira.** -29. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. (instituições de direito civil; 5).

ROSAS, Daniella R. de Andrade. **A imposição do regime de separação de bens a maiores de 60 anos e o princípio da isonomia.** Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/a-imposicao-do-regime-de-separacao-de-bens-a-maiores-de-60-anos-e-o-principio-da-isonomia-2560855.html>> Acesso em: 09 out. 2022.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 8: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Método, 2019.

SMARANDESCU, Juliana. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos como ofensa ao princípio da isonomia.** Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_10347/artigo_sobre_a_inconstitucionalidade_do_regime_de_separacao_obrigatoria_de_bens_para_os_maiores_de_sessenta_anos_como_ofensa_ao_principio_da_isonomia> Acesso em: 09 out 2021.

SOUZA, Paloma Braga Araújo de. **Da inconstitucionalidade material do art. 1.641, II, do Código Civil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2012, n. 1349, 12 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9586>>. Acesso em: 07/set./ 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. 22.ed. – Barueri/SP: Atlas, 2022.

VERAS, Ricardo Régis Oliveira. Os direitos do idoso sob a ótica da teoria dos jogos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 65, 01/06/2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6335> Acesso em: 11 out 2022.