



UEPB

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

THAYLE DE SOUSA DUARTE

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

**CAMPINA GRANDE
2020**

THAYLE DE SOUSA DUARTE

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

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado ao Programa de Graduação em
direito da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito de família.

Orientador: Prof. Me. Jimmy Matias Nunes

**CAMPINA GRANDE
2020**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

D812i Duarte, Thayle de Sousa.

A inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos nubentes maiores de 70 anos de idade [manuscrito] / Thayle de Sousa Duarte. - 2020.

25 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2020.

"Orientação : Prof. Me. Jimmy Matias Nunes , Departamento de Direito Privado - CCJ."

1. Inconstitucionalidade. 2. Regime de separação de bens.
3. Direito do idoso. 4. Estatuto do idoso. I. Título

21. ed. CDD 248.022

THAYLE DE SOUSA DUARTE

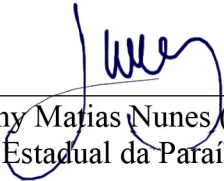
**A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO
DE BENS AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo)
apresentado ao Programa de Graduação em
direito da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

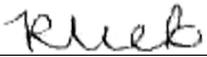
Área de concentração: Direito de Família.

Aprovada em: 03/12/2020


BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Jimmy Matias Nunes (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profª. Me. Raissa de Lima e Melo
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)



Profª. Dra. Milena Barbosa de Melo
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

À Bento e Théo, os maiores amores que tive
na vida, dedico.

“A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça por toda parte”.

(Martin Luther King Jr.)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
OJ	Ordenamento Jurídico
RESP	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-ES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO CONFORME A EVOLUÇÃO SOCIAL.....	09
2.1	A proteção ao idoso na Constituição Federal de 1988	09
2.2	Tutela ao idoso no Código Civil de 2002	11
2.3	Anteparo ao idoso vide Lei nº 10.741 - Estatuto do Idoso	12
3	CASAMENTO E REGIME DE BENS.....	14
3.1	Natureza jurídica	14
a)	Teoria contratualista.....	14
b)	Teoria institucionalista	14
c)	Teoria mista	15
3.2	Regime de bens.....	15
4	ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 CONFORME OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	16
4.1	Análise jurisprudencial quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil de 2002	19
5	METODOLOGIA	20
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	21
	REFERÊNCIAS	23

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

THE UNCONSTITUTIONAL IMPOSITION OF THE GOODS SEPARATION MARITAL REGIME SCHEME FOR BRIDES AND GROOMS-TO-BE OVER 70 YEARS OLD

Thayle de Sousa Duarte¹

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo versar sobre a inconstitucionalidade do regime de separação de bens aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos de idade imposto pelo artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002. Para isso, através de revisões bibliográficas e documentais foi possível adentrar na esfera de proteção dos direitos dos idosos, de modo a analisar os textos legais da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002 e da Lei Nº 10.741/2003 que dispõe sobre o Estatuto do Idoso; por conseguinte perpassar pelo instituto do casamento e seus regimes de bens, explicando as características do regime de separação de bens e suas possíveis implicações, para, enfim, chegar ao estudo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e confrontá-los com o disposto no texto legal citado, analisando posteriormente a jurisprudência relacionada à temática e levando, finalmente, a verificar que o dispositivo 1.641, II do Código Civil padece de vício de inconstitucionalidade material por afrontar uma norma hierarquicamente superior.

Palavras-Chave: Idoso. Casamento. Regime de bens. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The following undergraduate thesis aims to discuss the unconstitutionality of the marital regime imposed to elderly people over their seventies by Brazilian's Civil Code of 2002, on its 1.641th article. Therefore, through bibliographic reviews, as well as documental ones, it has been possible to enter the sphere of elders' rights protection, through analysis of the 1988' Federal Constitution, 2002' Civil Code and the Law number 10.741 from 2003 that is commonly known as Elders' Statute; thus run through the institution of marriage and its marital regimes, explaining the property separation regime's characteristics and its possible implications, to, at least reach the constitutional principles of human being dignity, freedom and equality's study and confronting them with the bare legal text mentioned, analyzing afterwards jurisprudential decisions related to the theme leading it, finally, to verifying that the legal device in the 1.641th article of the Civil Code suffers from material unconstitutionality vice by confronting with a hierarchically superior norm.

Keywords: Elders. Marriage. Marital Regimes. Unconstitutionality.

¹ Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba; Estagiária da Defensoria Pública da União na Comarca de Campina Grande; (thayleduarte1@gmail.com).

1 INTRODUÇÃO

O regime de separação de bens imposto aos maiores de 70 (setenta) anos de idade é um modo de proteção escolhido pelo Estado com o intuito de preservar o patrimônio do idoso, todavia, essa ação tornou-se também uma forma de mitigar a autonomia da vontade dessa população, tendo em vista que as pessoas que atingem essa idade e desejam contrair núpcias não possuirão a opção de escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver.

O objetivo do presente trabalho é analisar a constitucionalidade do art. 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, que dispõe que é obrigatório o regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos, com base na evolução dos direitos e proteções aos idosos e nos princípios constitucionais registrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O viés patrimonialista do artigo em questão se sobrepõe ao viés personalista que preceitua o Código Civil em sua generalidade, elevando os interesses patrimoniais a um patamar superior aos princípios e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Essa preocupação de ordem econômica relevada por tal imposição reforça um estereótipo que se busca combater nos dias atuais, de que o idoso, em razão da sua idade, perde sua capacidade de tomada de decisão e torna-se um alvo mais fácil para aqueles que buscam se beneficiar com o patrimônio alheio.

À vista disso, essa temática levanta outra questão importante para esse debate, pois não há o que se falar em incapacidade, visto que, por si só, o avanço da idade não faz dos idosos incapazes de discernir sobre seus atos e essa imposição pode ser considerada como uma forma velada de interdição parcial do idoso.

Outrossim, como poderá ser visto no primeiro tópico de exposição desse trabalho, o avanço da medicina, tecnologia e desenvolvimento social de uma forma geral aumentou consideravelmente a expectativa de vida dos brasileiros, permitindo observar que a grande maioria dos idosos chega ao fim de suas vidas com lucidez, não sendo este um motivo palpável para tolher-lhe de seus direitos.

De mesmo modo, as teorias que serão apresentadas no segundo tópico dessa pesquisa definirão a natureza jurídica do casamento, demonstrando que com base em suas características de contrato e por todo o exposto no código civil, este deve ser celebrado e respeitado, de acordo com a vontade das partes. Corroborando, portanto, com a idéia de que se o idoso é capaz civilmente, suas escolhas quanto aos aspectos desse contrato devem ser respeitadas e validadas assim como é com os demais negócios jurídicos por ele celebrados.

Com isso, através do terceiro tópico, princípios constitucionais básicos serão analisados diante do dispositivo 1.641, inciso II do CC, asseverando que a dignidade do idoso não pode ser mitigada e seus direitos não podem ser suprimidos por proteção a questões patrimoniais, até mesmo porque é o princípio da dignidade da pessoa humana que deve balizar os atos estatais, e não o oposto.

Ademais, a liberdade e igualdade desses idosos perante os demais da sociedade também está cerceada quando se toma tais medidas, devendo, portanto, todas serem sopesadas antes de ser tomada qualquer decisão.

Em que pese haver a previsão legal, a hipótese da obrigação do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos se faz indevida, haja vista não haver uma justificação plausível para esta proteção.

Isto posto, justifica-se a escolha da respectiva temática em virtude da grande relevância social e científica que apresenta, uma vez que as questões concernentes a efetivação dos princípios e garantias constitucionais tornou-se mais forte hodiernamente, principalmente no que diz respeito às minorias sociais e em vista dos diversos desafios do

envelhecimento na sociedade moderna, especialmente no que diz respeito à maneira que os demais membros da sociedade têm de se relacionar com essa população, de forma a criar preconceitos e limitações que se situam tão somente na visão deturpada do que é envelhecer atualmente.

Dessa forma, a apreciação desse dispositivo legal deve ser realizada considerando diversos pontos que não somente a preservação patrimonial, pois tendo os pressupostos necessários para correta compreensão será imprescindível reformular entendimentos antes pacíficos com o intuito de recriar, razoavelmente, a paridade de direitos para este grupo que necessita de proteção em face da evolução social, de forma que possam livremente escolher.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO CONFORME A EVOLUÇÃO SOCIAL

O ordenamento jurídico brasileiro possui inúmeras leis que trazem em seu cerne políticas e medidas que visam proteger os idosos, todavia, não foi sempre assim, tal proteção foi sendo criada e lapidada ao longo dos anos de acordo com o avanço da sociedade, conforme veremos ao analisar os direitos e prerrogativas conferidos a estes pela Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto do idoso.

As constituições vigentes nos períodos anteriores a democratização 1934 não contemplavam nenhum direito concreto ao idoso, tratavam mais especificamente apenas sobre os direitos trabalhistas e previdenciários.

De acordo com Faleiros (2008), a Constituição de 1934 tratava apenas de direitos relacionados ao tempo de trabalho e salário, onde a partir do momento que a pessoa idosa se tornava improdutiva, era excluído da esfera de operário e ficava desamparado legalmente.

Ainda nesse mesmo sentido, a Constituição de 1946 ignorava a incorporação do conceito de seguridade social que se propagava no sistema em diversos países no fim da II Guerra Mundial, seguindo a mesma concepção das já defasadas constituições anteriores.

Seguindo a evolução social, junto à constituição de 1967 surgiu a figura da previdência social ao amparo a velhice, garantindo benefícios para aqueles que contribuísem durante a vida, porém, tais direitos foram efetivados apenas na constituição de 1988, garantindo aos idosos benefícios a saúde, aposentadoria e cultura.

Pode-se dizer, que as medidas de salvaguarda aos idosos começaram a surgir no Brasil apenas entre o final do período ditatorial e o início da democratização, através da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto do Idoso, que são até hoje as principais fontes normativas de proteção ao idoso e que conferem validade as garantias e instrumentos criados em favor dessa população.

2.1 A proteção ao idoso na Constituição Federal de 1988

Diferente das demais Constituições que asseguravam aos idosos apenas direitos relacionados à previdência, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, vigente até os dias atuais, trata desses direitos sob outra ótica, visando dar mais ênfase aos princípios que resguardem essa população.

Mesmo que de forma genérica, a proteção ao idoso aparece desde o primeiro artigo da Constituição, onde o legislador traz entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à cidadania, mostra-se importante, pois possibilita o idoso manter-se ativo em sociedade, analisando e compreendendo a realidade e participando integralmente da comunidade.

Já a dignidade da pessoa humana, considerada o núcleo axiológico de todo o nosso ordenamento jurídico (pois esse deve ser um instrumento a favor de tudo que possa garantir

tal dignidade), deve funcionar para as pessoas, tendo em vista que o ser humano é a finalidade precípua das atividades estatais e toda norma que o desrespeita ou vai de encontro a sua autonomia atenta contra esse princípio.

Nesse aspecto, Barroso (2010) destaca três elementos essenciais a dignidade humana, sendo eles: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário da pessoa humana. Quanto ao valor intrínseco da pessoa humana, trata como elemento comum e inerente a todo ser humano, e dispõe que, por esse motivo, não depende de qualquer concessão e independe até mesmo da própria razão, encontrando-se presente desde bebês a pessoas senis.

Com relação à autonomia, o autor faz ligação entre a razão e o exercício da vontade, a qual atribui ao indivíduo à capacidade de autodeterminação e de decidir os caminhos a serem trilhados de acordo com sua própria vontade, quais sejam, decisões sobre vida afetiva, trabalho ou qualquer outra que subtraída daquele indivíduo viole sua dignidade.

O valor comunitário, conforme Barroso (2010, p. 28 e 29) “funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la”; nessa situação, a dignidade molda a liberdade, não sendo este o componente central. Todavia, o autor revela a necessidade de se atentar a riscos envolvidos à dignidade como valor comunitário, como: “[...] b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”; e c) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria”; os quais podem legitimar restrições à liberdade baseando-se na proteção à dignidade do próprio sujeito, acarretando em discriminação e inferiorização de determinados grupos e minorias, como dos idosos.

Entre os direitos fundamentais, ainda de forma geral, merece destaque o princípio da isonomia, que vem desde a Constituição de 1824, e está previsto também na CF/88 em seu art. 5º da, a qual institui igualdade para todos em dignidade e direitos, sem discriminação.

Mello (2000) investiga em sua obra critérios que podem ser considerados legítimos à autorizar um tratamento discriminatório a certas pessoas ou grupos, nessa situação, compreende que:

[...] As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2000, p. 17).

Evidenciando, portanto, que determinados traços não podem, por razões preconceituosas, serem consideradas como “*ratio* fundamentadora de *discrimen*” (MELLO, 2000, p. 18), principalmente quando forem de encontro a nossa Carta Magna.

Ainda conforme Mello (2000, p.18, apud BUENO, 1857, p. 424), “a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”.

Partindo para a proteção oferecida pela Constituição Federal de forma específica ao idoso, têm-se alguns artigos espalhados pelo texto que retratam essa preocupação do legislador de garantir ampla proteção estatal a essa população.

O artigo 203, em seu inciso I, trata de uma assistência social que deverá ser prestada ao idoso independente de contribuição a seguridade social, e em seu inciso V o benefício de um salário mínimo que deve ser garantido aos idosos que “comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Já o artigo 206 da CF/88 dispõe sobre o dever atribuído a família, ao Estado e a sociedade de amparar as pessoas idosas, de forma que sua participação na sociedade seja

assegurada e seu bem-estar e dignidade sejam defendidos, garantido-lhes, também, o direito a vida.

Na mesma linha, o artigo 229 versa sobre o dever que os filhos têm de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, resguardando também esse grupo de um possível abandono.

O idoso, em razão de suas vulnerabilidades, merece proteção especial e específica do ordenamento jurídico brasileiro, e os dispositivos trazidos pela Constituição são exemplos desse tratamento necessário a essa população que merece manter assegurada sua dignidade e igualdade material.

2.2 Tutela ao idoso no Código Civil de 2002

Como mencionado, o direito não é estático e se adequa a sociedade para atender as suas necessidades, o Código Civil de 2002 é um exemplo dessa evolução, inclusive no que diz respeito aos direitos tutelados aos idosos, tendo em vista o crescimento do contingente dessa população e a necessidade de adequação e criação de leis que os acolham.

Ainda que indiretamente, um exemplo dessa tutela ofertada pelo Código Civil ao idoso é o direito a alimentos, a qual é previsto desde o Código Civil anterior, de 1916, e consta no atual Código a partir do art. 1.694; sendo recíproco tal direito entre pais e filhos, conforme cita o art. 1.696, de forma que possa amparar os idosos que venham a apresentar hipossuficiência ao longo da vida, demonstrando a preocupação do constituinte com esse grupo.

Dentre tantas disposições acerca do tema, uma das que possui maior importância para o estudo em questão é a que trata sobre a capacidade. Estabelecida a partir do art. 1º do CC de 2002, o legislador reconheceu a todos a capacidade de exercer direitos e deveres na ordem civil.

Para Farias e Rosenvald (2011) a capacidade nasce como uma espécie de medida jurídica da personalidade; desse modo, enquanto a personalidade exprime de forma genérica a de ser sujeito de direitos, a capacidade possibilita praticar tais atos na vida civil.

Podendo ser dividida em duas, conforme Gonçalves (2012), a capacidade de direito, é a que todos adquirem ao nascer com vida; sem distinção, é reconhecida a todo ser humano. Já a capacidade de fato, é a aptidão que o ser humano adquire para exercer, por si só, os atos da vida civil.

Portanto, conquista-se a capacidade plena ou geral quando o indivíduo possuir ambas as capacidades acima citadas. Farias e Rosenvald (2011) ilustram tal matéria ao dizerem que a capacidade jurídica plena se dará quando o indivíduo detiver a real possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de atuar no plano concreto sem auxílio de terceiros.

A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou sobremaneira o regramento acerca da capacidade civil, trazendo ainda mais avanço na proteção das pessoas com deficiências e dos idosos. Partindo da idéia que a capacidade é a regra, enquanto a incapacidade é a exceção, o Estatuto revogou todos os dispositivos do sistema privado brasileiro que permitissem considerar uma pessoa maior de idade absolutamente incapaz

Após a modificação, o artigo 3º do Código Civil passou a vigorar considerando como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil somente os menores de 16 anos. Diante disso, todas as vontades e atos desses, devem ser representados por terceiros, sendo vedado expressamente o exercício das situações jurídicas pelo titular e consideradas nulas de pleno direito, caso realizadas, conforme art. 166, I do CC.

Já o art. 4º do Código Civil, também modificado pela Lei nº 13.146 de 2015, elenca os relativamente incapazes, sendo eles: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente,

não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos. Nesse caso, a proteção jurídica que esse grupo necessita é menor que a dos absolutamente incapazes, os atos jurídicos por eles praticados são passíveis de anulação, produzindo efeito enquanto sobrevier decisão judicial (art. 171, I e 172 do CC).

Vê-se, dessa forma, que não há hipótese elencada no Código Civil que restrinja a plena capacidade do idoso, sendo necessário que quando, por causa transitória ou permanente, o indivíduo maior de idade não possa exprimir sua vontade seja instaurado processo judicial que objetive sua interdição por curatela.

As consequências da interdição são graves, vez que se trata de medida restritiva de direitos e por vezes pode ter implicações não só patrimoniais, mas, principalmente, existenciais para aquele que têm sua incapacidade declarada. Portanto, para que seja concedida a curatela, é exigido que se comprove, dentro do processo, a causa geradora da incapacidade, imperando o pressuposto de presunção da capacidade civil, de forma que se mudem os paradigmas com a finalidade de incluir essas pessoas na sociedade e de propiciá-las a prática de atos da vida civil, como casamento, trabalho, entre outros.

Nesse caso, o instituto da curatela poderá servir como uma medida para proteger os idosos que não estejam aptos a exprimir suas vontades; mas deverá ser medida extraordinária, conforme aduz os arts. 84 e 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois, a senectude por si só não gera incapacidade total ou relativa, e a presunção de tal situação pode gerar uma idéia de discriminação em razão da idade, o que não deve ocorrer tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro de forma geral tem buscado preservar cada vez mais a autonomia da vontade e os princípios e garantias fundamentais, em detrimento do anterior viés patrimonialista trazidos pelos legisladores do passado.

2.3 Anteparo ao idoso vide Lei nº 10.741 - Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso entrou em cena somente no ano de 2003, com a Lei nº 10.741, quando foi aprovado pelo Congresso Nacional, complementando a Constituição de 1988, que não tinha muitos instrumentos que assegurassem os idosos durante a velhice, mas que já proporcionava um individualismo social, cultural e econômico, sem qualquer discriminação, e inovou ao inserir de forma inédita em seus artigos 229 e 230 o amparo a velhice.

O Estatuto também foi à resposta para o vácuo jurídico e protetivo que havia sobre a população idosa, pois leis anteriores se mostravam ineficazes nesse aspecto, entre elas, a Lei nº 8.842, que instituiu a Política Nacional do Idoso e criava e regulamentava os direitos sociais dos idosos, mas que por falta de especificações que contribuíssem de forma efetiva para que suas medidas fossem postas em prática, tornou-se pouco eficaz.

Segundo Munhol (2009, p. 35), o Estatuto do Idoso “é a forma legal de maior potencial da perspectiva de proteção e regulamentação dos direitos da pessoa idosa”.

Entrando em vigor em janeiro de 2004, o Estatuto do Idoso constitui um verdadeiro microsistema jurídico que busca regulamentar tanto as questões de aspecto material, quantos as processuais que envolvem os idosos, visando à garantia dos direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º do Estatuto do Idoso) e abordando em seus 118 artigos questões familiares, de saúde, discriminação e violência contra o idoso e objetivando a persecução de princípios e direitos fundamentais à vida humana, entre eles a garantia da dignidade humana e da existência digna, ambos consubstanciados na Constituição Federal em seus arts. 1º, inciso III e 170.

Além do já mencionado, o Estatuto incorpora e reafirma em seu texto a doutrina da proteção integral, já utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidando a matéria jurídica relativa aos direitos e garantias do cidadão idoso.

Em todo o Título II do Estatuto foram elencados os Direitos Fundamentais dos idosos, trazendo inclusive expressamente, através do artigo 8º, a idéia de que “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”.

O caput do artigo 10 do Estatuto realça direitos fundamentais para as pessoas idosas: à liberdade, ao respeito e a dignidade, já garantidos constitucionalmente.

No que diz respeito especificamente ao direito a liberdade, constante no § 1º desse artigo, é possível compreender como um direito concedido ao idoso para que continue fazendo suas escolhas sem interferência de terceiros, reconhecendo-o como um cidadão de direitos na sua mais ampla concepção. Cunha (2013) assevera a idéia ao dispor que tal direito resguarda aos idosos as mesmas prerrogativas dos demais indivíduos da sociedade, demonstrando ser livre o idoso para tomar decisões inerentes a sua vida.

Já o § 2º da referida lei traz a previsão do direito ao respeito, que “consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais”. Tal direito consubstancia-se na integridade do idoso, e deve ser vista não só como o “resguardo de indivíduo”, mas também como uma forma de garantir os direitos de escolha desses, pois:

“É necessário que o idoso tenha garantido e protegido o seu exercício de opção vez que não há no Brasil a presunção de incapacidade para os atos da vida civil. Pelo contrário, a incapacidade precisa ser comprovada por meio de um processo de interdição, não sendo este o caso, como qualquer cidadão, o idoso tem de ser visto como uma pessoa lúcida e, sendo assim, suas escolhas devem ser respeitadas”. (CUNHA, 2013, p. 43 e 44 *apud*, BRAGA, 2011, p. 74).

A afirmativa de Cunha (2013) baseada no artigo mencionado demonstra que, em regra, o idoso tem o direito de gerir seus bens, não podendo esses serem restringidos, salvo em caso de incapacidade comprovada em juízo.

Os artigos 46 a 48 do Estatuto também merecem destaque por tratarem da política e das entidades de atendimento ao idoso, que são responsáveis por garantir o cumprimento desses benefícios concedidos legalmente, através de articulação de ações dos entes da federação, assegurando a eficácia da lei.

Ademais, os títulos e artigos seguintes da Lei complementam esse microssistema acima mencionado, representando uma mudança de paradigma e ampliação do sistema protetivo dessa parcela da sociedade.

Com a busca desse amparo à velhice os legisladores passaram a se preocupar cada vez mais em findar o preconceito contra essa população e mudanças nos textos legais passaram a ser vistas mais corriqueiramente, modificando a anterior compreensão de proteção meramente em relação à previdência e a contribuição desses idosos ao longo da vida, fortalecendo o estereótipo de que, com determinada idade haveria a “passagem” da vida ativa para a inativa, a “velhice”.

Outrossim, de acordo com uma pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística² (IBGE), veiculada no dia 28 de novembro de 2019, a expectativa de vida do idoso no Brasil apresentou alta de três meses entre os anos de 2017 e 2018, sendo que do ano de 1940 a 2018 esse aumento foi, em média, de 30,8 anos. Em 2018, a expectativa de vida do brasileiro ficou na média de 76,3 anos.

Esse aumento pode ser justificado por uma série de fatores, entre eles, o desenvolvimento da saúde; da medicina, que hoje trabalha de forma preventiva, elevando a

² IBGE. Em 2018, expectativa de vida era de 76,3 anos. Agência de Notícias IBGE, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/26104-em-2018-expectativa-de-vida-era-de-76-3-anos>. Acesso em: 03 de jun. 2020.

qualidade de vida de toda a população; a melhoria das condições de saneamento básico, levando a queda da taxa de mortalidade e as medidas tomadas pelos legisladores ao ampliarem a proteção legal desses idosos.

Com as constantes mudanças sociais e a crescente evolução da população idosa, é necessário que se assegure o progresso desses direitos e garantias, de modo que não retroajam e sejam efetivamente cumpridos, pois se trata de um processo histórico longo, de um pacto de direitos para as pessoas idosas, que busca garantir um envelhecimento ativo, digno e participativo, necessário a todos.

3 CASAMENTO E REGIME DE BENS

O casamento é uma instituição que deriva efetivamente de um sistema organizado socialmente. É a entidade familiar mais tradicional regulada pelo direito brasileiro, e o Código Civil (CC) o estabelece como sendo a união entre duas pessoas que buscam a comunhão plena de vida em família. Importa esclarecer que são vários os pontos merecedores de destaque sobre o tema, contudo, essa pesquisa tratará especificamente sobre a natureza jurídica do casamento e os regimes de bens, elucidando os temas de forma que se possa caminhar para a elucidação do problema de pesquisa.

3.1 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do casamento, não há consenso na doutrina e o assunto é debatido com grande polêmica, dividindo-se basicamente em três vertentes:

a) Teoria contratualista

Inicialmente o casamento era considerado um sacramento perpétuo e indissolúvel de acordo com o direito canônico, não podendo, portanto, ser alterado pelas partes ou pelas autoridades, conforme Venosa (2013); com o surgimento do Direito Civil as novas opiniões passaram a ver um caráter diferente do anterior no que diz respeito a essa natureza jurídica, como forma de reação natureza religiosa antes posto sob o casamento.

Aqueles que seguiram a concepção clássica ou a teoria contratualista, passaram a entender então o casamento como um contrato, ao qual depende da livre manifestação da vontade das partes para que possa ser realizado e produzir seus efeitos.

Gonçalves (2017) diz que nessa teoria adotada pelo Código Napoleão o casamento era considerado indiscutivelmente um contrato e sua validade, eficácia e dissolução decorria, por conseguinte, da vontade das partes, sendo aplicado nesses casos as regras comuns que se aplicam a todos os contratos;

b) Teoria institucionalista

Opondo-se a teoria anteriormente mencionada, surgiu à concepção institucionalista ou supraindividualista, os que a perfilham acreditam que no casamento prevalece o caráter institucional.

Os que adotam à teoria institucionalista, majoritária atualmente, entendem o casamento enquanto instituição, regida pelas normas de ordem pública (como o Código Civil) que impõe deveres e estabelece direitos aos cônjuges, não podendo ser mitigada, cabendo interferência dos nubentes apenas da escolha do regime de bens e na sua declaração de vontade.

Para Gonçalves (2017) essa corrente considera o casamento como uma *instituição social*, a qual todos os parâmetros encontram-se preestabelecidos pelo legislador, por se tratar de uma situação jurídica, e uma vez aderida pelas partes passa a produzir efeito;

c) Teoria mista

Há ainda os que defendam a teoria mista ou eclética, que concebe o casamento como ato complexo de natureza híbrida, sendo contrato quanto a sua formação, e instituição quanto ao seu conteúdo.

Grande parte da doutrina brasileira converge para a natureza híbrida do matrimônio, vendo o casamento como um contrato especial, nesta linha, Venosa (2013, p. 26) vê o casamento como um negócio complexo, “com características de negócio jurídico e de instituição. Simples conceituação como contrato reduz por demais sua compreensão” e sintetiza as demais doutrinas afirmando que “o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição”, ou seja, o casamento perpassa a esfera patrimonial, trata-se de contrato especial regido pelo direito de família.

3.2 Regime de bens

Definidas as possibilidades de natureza jurídica do casamento, cabe ressaltar a importância de se tratar de seu regime de bens, principal motivo desta pesquisa. Gagliano e Pamplona Filho (2019) descrevem o regime de bens como normas que regem a relação jurídico-patrimonial entre os consortes e trata como o estatuto patrimonial do matrimônio.

Os regimes de bens estabelecidos pelo Código Civil de 2002, como mencionado, visam disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges, são eles: o regime de comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666, do CC); regime de comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671, do CC); Regime de participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686, do CC); e regime de separação de bens (arts. 1.687 a 1.688, do CC).

Esses regimes podem ser escolhidos através do pacto antenupcial, que trata-se de contrato solene, formalizado por escritura pública (art. 1.640, parágrafo único, do CC), onde se pode pactuar, além do regime de bens, suas formas de administração.

A despeito dos demais regimes, é importante definir o que é o regime de separação de bens no casamento, este regime tem como premissa a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento, como aduz o art. 1.687 do CC.

Nessa perspectiva, Venosa (2013, p. 362) nos diz que “característica desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens”.

Dentro do nosso ordenamento são previstos dois tipos de separação de bens, a separação obrigatória de bens, cujas regras são impostas pelo artigo 1.641 do CC, que tornou obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos, bem como para todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial, ou que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas de sua celebração; assim como a separação convencional de bens, que possibilita ao casal escolher o regime de separação total de bens no momento do casamento, mediante a realização de um pacto antenupcial.

Ocorre que, essa inequívoca independência patrimonial, retira do cônjuge, inclusive, a possibilidade de participação numa futura herança. À medida que este regime é convencionalizado pelas partes, é importante respeitá-lo em sua integralidade, entretanto, tratando-se de imposição legal, mais precisamente no caso de nubentes maiores de setenta

anos, é necessário observar os aspectos do caso concreto antes de se chegar a decisões que possam impactar tão seriamente no futuro.

Isso porque, nem todos aqueles que casam com pessoas de tal idade buscam algum tipo de vantagem econômica, e a imposição desta condição impede o maior de 70 anos de dispor livremente sobre sua vida e sobre seus bens, o que não é justificável, tendo em vista que a idade avançada por si só não é causa de incapacidade, não justificando tal norma.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2019) tratam sobre uma “violência escancarada ao princípio da isonomia”, já que essa imposição parece ser uma forma velada de interdição parcial do idoso, que tem seus direitos restritos apenas pelo fator idade.

Ante o exposto, o Código Civil demonstra ser contraditório, ao validar os demais negócios jurídicos celebrados pelos idosos, mas os impedir de constituir matrimônio segundo suas vontades, por serem restringidos legalmente pelo artigo 1.641, II do CC. Dessa forma, essa pesquisa servirá como meio de analisar tal dispositivo, de forma a buscar as principais discussões a respeito do tema e a elucidar, quanto possível, este problema, a partir dos princípios e garantias constitucionais postos a favor desse grupo.

4 ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 CONFORME OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A análise dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, com enfoque no artigo 1.641, II do CC/02, faz-se necessária para que se possa, com base na sua relação com a população idosa, obter-se um norte quanto à constitucionalidade do dispositivo trazido no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, antes de adentrar a análise direta de tais princípios, faz-se mister conceituar o significado dos princípios no direito brasileiro e relacioná-los as regras, de forma a demonstrar sua importância.

De acordo com Bernades (2012), a Constituição brasileira possui um sistema normativo aberto composto por princípios e regras, são essas subespécies de normas que aumentam a capacidade de resolução de conflitos ao buscarem atuar na sociedade e se adaptar aos problemas jurídicos que surgem.

Dworkin (2002, p. 39) entende que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica “os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”, enquanto a regra é aplicável na forma do “tudo ou nada” o princípio deve ser ponderado e analisado com base no caso concreto.

O autor compreende que um eventual conflito entre regras deverá ser resolvido conforme os critérios tradicionais de hierarquia, cronologia e especialidade, devendo uma delas ser considerada inválida, enquanto o princípio deve ser avaliado conforme a dimensão do peso e importância.

A maioria dos princípios não está de modo expresso na Constituição, mas representam conceitos doutrinários. Sabe-se que o sistema das leis não consegue encobrir todo o panorama jurídico presente em cada sociedade, até porque, mesmo que as regras se aperfeiçoem devido aos comportamentos previsíveis dos seres humanos, sempre haverá algo a que o legislador deixará escapar.

Em imediato, é comum que se usem leis para buscar soluções para os conflitos, porém os princípios possuem grande abrangência em interpretação, podendo solucionar diversos conflitos, e, portanto, devem ser utilizados sempre que cabíveis.

Partindo para a análise específica dos princípios constitucionais que invalidam o artigo em questão, tem-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, constante na

Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III, é considerado o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica. É o princípio norteador do nosso sistema jurídico, pois eleva o indivíduo ao patamar central de proteção, onde o legislador busca tutelar sua individualidade.

Para Barroso:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado". (BARROSO, 2010, p. 280).

Deste modo, todo ato que *coisifique* a pessoa, colocando-a como coisa ou objeto, viola este princípio. Para assegurá-lo a todos, microsistemas foram criados, entre eles, o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, conforme seu art. 1º. Na Carta Magna vigente, o art. 230 faz as vezes dessa proteção, ao dispor 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”.

A dignidade da pessoa humana é também fundamento para mudanças jurisprudenciais e paralisação de atos ou normas que vá de encontro a tal princípio, conforme Barroso (2010), tendo em vista que certas hipóteses concretas podem produzir conseqüências inaceitáveis pela Constituição e resultar na paralisação da incidência de determinada norma em uma situação específica ou até na declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental.

Não apenas atos estatais, mas também condutas privadas podem ser consideradas violadoras da dignidade humana e, conseqüentemente, ilícitas. Em uma das raras ocasiões em que se dispôs a limitar a liberdade de expressão, o STF considerou ilegítima a manifestação de ódio racial e religioso. (BARROSO, 2010, p. 14).

Paulino (2017, p. 42), citando Immanuel Kant disserta que ele foi “o primeiro pensador a definir o homem como um fim em si mesmo, tendo responsabilidade de sua própria autonomia, não podendo ser diminuído por valor pecuniário, ou seja, o ser humano acima de qualquer valor externo a si mesmo”.

Essas disposições mostram que a dignidade independe de idade e de pessoa, que deve ser garantida a todos, devendo todos os homens serem obrigados a reconhecer a dignidade em si mesmos e nos outros, de forma que sejam individualizados, mas que não sejam tratados de formas diferentes, independente de qualquer condição que os defira.

Com relação ao princípio da liberdade, também consagrado constitucionalmente, através do art. 3º, I, da CF, tem-se como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, deve-se entender que o homem poderá desenvolvê-lo conforme suas habilidades e formalidades, e apenas em casos também previstos na Constituição serão permitidos a não aplicabilidade de tal princípio, sob pena de ser declarada inconstitucional a norma que o infringir.

O Estatuto do Idoso também prevê o direito a liberdade, no artigo 10, § 1º, já descrito na seção 2.3, reforçando a importância da observação desse princípio na elaboração de normas que impactem diretamente na vida dos idosos.

O direito de família de forma geral é pautado no princípio da liberdade, desde a livre escolha que o indivíduo tem de constituir ou não família com base no matrimônio, a escolha da manutenção desse relacionamento com base nos seus desejos e objetivos.

Um exemplo da aplicação do princípio da liberdade no direito de família é o artigo 1.513 do CC, visto que veta qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, de interferir na comunhão de vida instituída pela família. Complementar a ele, o artigo 1.639 do CC trata sobre a escolha do regime de bens, que deve ser definido pelos nubentes, que podem modificar a qualquer tempo ao longo da união. Além do artigo 1.565, § 2º do CC e do art. 226, § 7º da Constituição Federal que deixa o planejamento familiar como livre decisão do casal.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2019), o princípio da liberdade no âmbito do direito da família permite que os nubentes escolham o regime que melhor lhes aprouver, conforme sua autonomia privada e liberdade de opção; não devendo o Estado interferir nessa decisão, salvo quando houver relevante motivo e estiver resguardado por lei.

Isso demonstra que o direito a liberdade também comporta restrições como bem evidencia Cunha (2013, p. 40, apud COSTA, p. 123), pois, o uso da liberdade de modo que desrespeite o direito alheio levará ao “abuso, arbitrariedade e prepotência”. Por isso também o legislador dispôs no artigo 5º, inciso II da CF, sobre a liberdade, asseverando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Entretanto, de acordo com Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos grupos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral. (LÔBO, 2017, [33] p.).

Portanto, desde que se tenham relevantes motivos para restringir tais liberdades, cabe ao Estado controlá-la.

Todavia, a limitação imposta ao idoso maior de 70 de dispor livremente sobre sua vida e seus bens não encontra motivos para prosperar, pois basear-se na mera probabilidade que esse idoso tenha de sofrer algum tipo de golpe de alguém que busque lhe tirar vantagem econômica não deve ser suficiente para tolher-lhe de suas escolhas.

Por fim, o princípio da igualdade, também definido na constituição, em seu art. 5º, caput, dispõe, *in verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Esse princípio, como os demais, serve como base para limitar e direcionar o comportamento de um Estado Democrático de Direito, não podendo o legislador criar leis que entrem em desacordo com esse. De acordo com Mello (2000, p. 9) “entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.

O brocardo, criado por Aristóteles, que diz: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, é um bom parâmetro para ser utilizado na aplicação desse princípio, principalmente por ir além da igualdade e tratar da equidade. Para Reale:

Essa noção de equidade, segundo a idéia Aristotélica, implica uma compreensão melhor da idéia de igualdade. A justiça é, em última análise, uma expressão ética do princípio da igualdade. Se há idéia de liberdade como uma das fundamentais do Direito, existe, também, completando-a, a de igualdade. Ser justo é julgar as coisas segundo o princípio da igualdade. (REALE, 2002, p. 98).

Não é coerente igualar todos os idosos acima de setenta anos em um mesmo patamar, como incapazes de decidir sobre aspectos de sua vida financeira, mesmo porque o próprio Estatuto do idoso e o Código Civil não os colocam nessa posição.

Uma vez inserido na Constituição, conforme aduz Ferreira Filho (2012), a lei que violar tal princípio será inconstitucional, pois esse é uma limitação ao legislador e regra de interpretação, proibindo-o, portanto, de editar normas que estabeleçam privilégios para determinados grupos.

O que deve ocorrer, na realidade, é o tratamento individual de cada caso, de acordo com suas peculiaridades, não se justificando tratamentos jurídicos díspares apenas por um elemento em comum entre eles, a idade.

4.1 Análise jurisprudencial quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil de 2002

É indispensável à manifestação do Poder Judiciário em tal temática. Suas decisões sobre o tema tiveram início sob o vigente Código Civil de 2002, que impõe a obrigatoriedade do regime de separação de bens em razão da idade dos nubentes.

Uma das primeiras ações realizadas com o intuito de reduzir os efeitos dessa norma foi publicada em 8 de agosto de 1964, a Súmula 377 do STF foi editada com a seguinte redação: “no regime de Separação Legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Contudo, nesta época, gerou-se grande debate a respeito da necessidade de provar-se o esforço comum entre os cônjuges para que os bens pudessem ser partilhados. Esse impasse permaneceu até o ano de 2006, quando, através de Recurso Especial, o STJ decidiu não ser necessária prova de esforço comum, sendo presumido o esforço mútuo, *ipsis litteris*:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE.

[...]

As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que **para os efeitos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal**, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.

[...]

(STJ - REsp: 736627 PR 2005/0041830-1, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 11/04/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 436RSTJ vol. 205 p. 292).

Contrário à decisão quanto à obrigatoriedade do regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes, na época aos cônjuges acima de sessenta anos, justificando como forma de preconceito e falta de liberdade de escolha para os idosos, o Conselho de Justiça Federal, por meio do enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil realizada em 2002, propôs revogar o dispositivo 1.641, II do CC, e impeliu:

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

Os tribunais passaram então a julgar e a reconhecer a inconstitucionalidade deste dispositivo. Destaca-se o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, tendo o Desembargador Osório de Araújo Filho como relator, declarando-se então, a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002:

TJ-ES – Incidente de Inconstitucionalidade Nº 2010107802 (TJ-ES)

Data de publicação: 01/12/2010

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

(TJ-SE - IIN: 2010107802 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO. Data de Julgamento: 17/11/2010, TRIBUNAL PLENO).

Tendo em vista o caráter favorável das decisões formuladas pelos tribunais quanto à possibilidade de inconstitucionalidade do artigo mencionado e as resoluções trazidas pelo poder legislativo, pode-se concluir que o dispositivo 1.641, II do CC padece de vício de inconstitucionalidade material, por afrontar uma norma hierarquicamente superior, como os princípios constitucionais de dignidade, liberdade e igualdade, devendo ser editada para que se possa ser analisada de acordo com cada caso concreto, evitando assim violações e presunções de incapacidade diversas daquela permitida por lei.

5 METODOLOGIA

A presente pesquisa se baseou no método dedutivo. Isto porque, partiu-se do geral, ao tratar sobre a proteção dos direitos dos idosos no ordenamento jurídico brasileiro e sobre o casamento e regimes de bens, para então descer ao particular, e tratar especificamente do grupo de idosos maiores de 70 (setenta) que são impelidos a contraírem matrimônio com regime de separação de bens.

Esta pesquisa se classifica quanto aos fins como uma abordagem qualitativa de investigação exploratória, através de uma revisão da literatura acadêmica já existente sobre o objeto de estudo, e quanto aos meios, conjuntamente, documental e bibliográfica, por basear-se em materiais publicados sobre o tema, como livros, estudos em doutrina, artigos, revistas jurídicas, interpretação de artigos, teses, dissertações e monografias sobre o tema.

Além disso, foi usado como base para esse estudo leis que possuem relações com o tema, sendo elas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os princípios nela constantes; o Código Civil Brasileiro de 2002, mais especificamente quanto as partes relacionadas ao direito de família e a incapacidade, e o Estatuto do Idoso, além de algumas jurisprudências.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise da inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos de idade. Ao criar esse dispositivo legal o legislador buscou proteger o patrimônio do idoso ao impedir que em caso de celebração de matrimônio após essa idade pudesse ser escolhido regime de bens que prejudicasse seus haveres.

No entanto, essa proteção acaba por se tornar discriminatória, visto que o que se entende desse posicionamento é que o idoso não possui capacidade de discernir sobre suas atitudes e associa-se essa situação a uma debilidade intelectual que na maioria das vezes é inexistente, visto que o avançar da idade não é sinônimo de incapacidade.

Não há no ordenamento jurídico dispositivo que reconheça a incapacidade de determinada parcela da população apenas pelo fator idade, existem, na verdade, dispositivos que garantem a essa população a liberdade e a possibilidade de fazer suas escolhas de forma livre e que buscam garantir a integridade física e principalmente psíquica e moral, de forma a defender o direito de escolha desses e reconhecê-los como cidadãos de direitos na sua mais ampla concepção.

Nesse sentido, com o avanço da sociedade, inclusive no que diz respeito à saúde, a expectativa de vida da população brasileira aumentou consideravelmente, de modo que os idosos conseguem manter sua capacidade intelectual e lucidez até o fim de sua vida, justificando, portanto, a necessidade de readequação de normas que, para o contexto atual, encontram-se defasadas.

Por essa razão utiliza-se de princípios constitucionais como meio de solucionar possíveis conflitos existentes entre esses e as normas infraconstitucionais, como é o caso do artigo em questão, visto que vai de encontro aos dispositivos da nossa Carta Magna como os artigos 1º, 3º e 5º da CF/88.

Esse deslinde pode ser visto ao longo dos capítulos apresentados nessa pesquisa. Para tanto, no segundo capítulo foi apresentado um panorama sobre os direitos fundamentais do idoso conforme a evolução social, tratando mais especificamente de três dispositivos legais, quais sejam: a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741), onde foi demonstrado que existem proteções específicas a essa parcela da população e a importância de respeitá-los como seres iguais aos demais pertencentes à sociedade.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na proteção ao direito dos idosos, pois trouxe em seu cerne princípios e regras em prol dessa população. Dentro das regras, temos os artigos 203, 206 e 229 que tratam sobre o amparo que deve ser oferecido aos idosos, de forma que lhes garantam bem estar e, principalmente, dignidade ao longo de suas vidas.

O código Civil de 2002 progrediu com esses direitos ao trazer em seu texto artigos também direcionados a proteção dos idosos. Importante análise se faz também com relação à capacidade civil do idoso que não é mitigada no Código e reforça a linha de pensamento desse estudo, ao qual entende que a presunção da incapacidade do idoso mais de 70 anos de decidir sobre seus bens e o regime de seu matrimônio é vai contra regras infra-constitucionais e constitucionais.

Já o Estatuto do Idoso, a mais recente dessas leis mencionadas, veio para suprir o vácuo legislativo existente e foi criada com o objetivo de promover a inclusão social e garantir os direitos desses cidadãos. Esse microsistema garante que sejam efetivadas as políticas de proteção aos idosos e busca igualdade dessa população perante a sociedade, realçando os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, destacando-se entre eles o direito a liberdade, que reconhece o idoso com um cidadão de direitos na sua mais ampla concepção e o concede a possibilidade de fazer suas escolhas sem interferência de terceiros.

O terceiro capítulo expôs as três vertentes responsáveis por definir a natureza jurídica do casamento e tratou sobre os regimes de bens, a fim de demonstrar as opções existentes no nosso OJ e esclarecer quais as implicações da imposição do regime de separação de bens, salientando, também, a incongruência trazida pelo próprio Código Civil ao validar demais negócios jurídicos celebrados pelos idosos e os impedir de constituir matrimônio de acordo com seus interesses e vontades.

O quarto e último capítulo trouxe o ponto chave da pesquisa, analisando expressamente a inconstitucionalidade do dispositivo citado. Iniciando com a explicação a cerca do que é princípio e a importância de sua utilização para interpretar situações e trazer soluções para os conflitos. Partindo dessa análise geral, passou-se para a análise individual de cada princípio constitucional inicialmente proposto.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica e norteador do nosso sistema jurídico, deve ser utilizado, entre outras coisas, para ponderar as ações do Estado, devendo estar a frente de toda decisão que impacte na vida das pessoas de modo que não seja violado tal princípio sob pena de se paralisar a incidência de determinada norma em situações específicas ou até mesmo de declará-la inconstitucional.

Com relação ao princípio da liberdade, foi visto que o homem pode e deve se desenvolver conforme suas habilidades e formalidades, esse princípio constitucional encontra reforço inclusive no Estatuto do Idoso, que endossa sua importância, inclusive no que diz respeito a elaboração de normas que impactem diretamente na vida dos idosos. Esse é um princípio basilar do Direito de Família e deve ser respeitado não somente no direito que o indivíduo possui de constituir ou não família, mas em todos os demais aspectos que o circundam, inclusive no momento de escolha do regime de bens que mais lhe agrade.

Por fim, o princípio da igualdade também vai de encontro a essa norma visto que, assim como os demais, é um limitador e direcionador dos comportamentos do Estado e as regras advindas desse devem ser editadas não somente nivelando os cidadãos a normas legais importantes, mas conforme a isonomia.

Não é coerente igualar todas as pessoas acima de setenta anos em um mesmo patamar, principalmente quando se busca restringir direitos com base nas suas capacidades, deve ser levado em consideração os casos concretos para que não se estabeleçam privilégios para determinados grupos e se tenham tratamentos jurídicos dispares.

Destarte, é possível verificar posicionamentos do judiciário brasileiro contrário a obrigatoriedade do regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes, justificando-se como preconceito quanto às pessoas idosas e como uma afronta a dignidade humana, pois, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes.

Por toda a exposição destes fundamentos, conclui-se pela inconstitucionalidade material elencada no artigo 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, por desrespeitar princípios constitucionais, devendo ser retirado do ordenamento jurídico Brasileiro, possibilitando assim que os cônjuges septuagenários possam escolher livremente o regime de bens que irá se aperfeiçoar ao casamento, tanto no quesito afetivo, quanto no quesito patrimonial.

REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Eduardo Dias; GOMES, Sandra, MUNHOL; Maria Elisa. **Políticas Públicas para a pessoa idosa: marcos legais e regulatórios**. São Paulo: Fundação Padre, 2009. 61 páginas.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. Adoção do sistema normativo de regras e princípios na ordem constitucional instituidora do estado de direito. **Âmbito jurídico**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/adocao-do-sistema-normativo-de-regras-e-principios-na-ordem-constitucional-instituidora-do-estado-de-direito/>. Acesso em: 29 de set. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de nov. 2019.

_____. **Estatuto do idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 de nov. 2019.

CUNHA, Camilla Dytz. **A inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil brasileiro**. 2013. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Direitos da pessoa idosa: sociedade, política e legislação**. Universa, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito Civil: Direito de Família**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

PAULINO, Ana Carolina Ferraz. **A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para pessoas acima de 70 anos de idade**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba-SP, 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, a Bento e Théo (*in memoriam*), os amores mais puros, sinceros e intensos que senti na vida, embora fisicamente ausentes serão sempre minhas maiores fontes de força e inspiração, me faltam adjetivos para expressar toda a gratidão.

Aos meus pais, Rosângela e Severino, que nunca mediram esforços para me proporcionar a melhor educação que podiam, mesmo em momentos difíceis ao longo dessa caminhada se fizeram presente e me nutriram como todo o amor necessário para superá-la, sem vocês eu não chegaria até aqui.

Aos meus familiares, em especial meus irmãos, avós e tia, por todo apoio e ajuda tão essenciais para minha formação, não só acadêmica, mas principalmente como ser humano.

Á aquele que se tornou meu companheiro de vida, que acompanhou toda minha trajetória nessa graduação, que compreendeu pacientemente todas as minhas mudanças de humor, ausências e renúncias durante o período que me dediquei a esse trabalho, obrigada por ser meu refúgio nos dias difíceis e por sempre me incentivar a ir além.

Aos amigos mais preciosos que a vida poderia me dar, meu “FNB”, sou grata por tudo o que vocês representam na minha vida, por todo amor que sempre tiveram por mim e por serem essa fonte inesgotável de inspiração, nossa amizade estará sempre marcada na pele.

Aos meus colegas de curso, por todos os momentos de amizade e de aprendizado e por toda a ajuda durante esses anos, vocês foram essenciais em minha formação.

Ao meu orientador que tanto me incentivou a concluir essa pesquisa mesmo em meio a um ano tão difícil.

Aos meus professores e demais funcionários do Centro de Ciências jurídicas da UEPB, que contribuíram ao longo dos anos de graduação, por meio das disciplinas e debates, para meu desenvolvimento acadêmico e por toda presteza quando foi necessário.