

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS, OBRIGATÓRIO ÀS PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

Marina Aparecida da Silva¹
Jorge Heleno Costa²

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar a (in) constitucionalidade da imposição da adoção do regime de separação total de bens obrigatória às pessoas com idade igual ou superior a setenta anos, sendo tal regra disposta no artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002. Discute-se que essa imposição pode cercear a liberdade de escolha e autonomia da vontade dos nubentes, bem como ferir princípios basilares da Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. À vista disso, inicialmente estudou-se o instituto do casamento, seus tipos de regime de bens, e também sobre o divórcio, por meio de breve discussão sobre os temas a expondo seus pontos mais importantes. Em seguida, necessário se fez o estudo da posição do idoso na sociedade atual e seus respectivos direitos, além da motivação, necessidade e possibilidade de o legislador impedir a livre escolha da disposição patrimonial dos nubentes considerados idosos. Ao final, buscou-se verificar a (in) constitucionalidade da norma disposta no artigo 1641, inciso II do Código Civil, por meio dos posicionamentos no plano legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

Palavras-Chave: Regime de bens. Idoso. Inconstitucionalidade. Princípios. Autonomia da vontade. Capacidade Civil.

INTRODUÇÃO

A regra disposta no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil obriga as pessoas com idade igual ou superior a 70 (sententa) anos se casarem sob o regime de separação total de bens, presumivelmente com o intuito de resguardar o patrimônio dos nubentes e seus possíveis herdeiros.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar a possível (in)constitucionalidade da norma infraconstitucional, com foco nos nubentes brasileiros maiores de 70 anos em razão do seu discernimento para exprimir a sua vontade face aos princípios regidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Tal norma pode ferir princípios fundamentais presentes na Constituição Federal, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, bem como pode ser

¹ Graduanda do 9º período do curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: marinaaparecida012@gmail

² Mestre em Direito. Professor do curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: jorge.costa@uniptan.edu.br

atentatória também à capacidade civil da pessoa, uma vez que o Código Civil dispõe somente quando ela se inicia e não há previsão legal para sua extinção em razão da idade.

A doutrina é pacífica ao tratar do assunto, já que os entendimentos são em sua maioria majoritários, os quais asseveram que há um descuido do legislador ao impor um determinado regime de bens aos idosos, obrigando-os a adotar um regime para se casar, sem antes consultar a sua vontade.

No entanto, a proteção do Estado é importante na vida em sociedade e nas relações patrimoniais, entretanto, ainda assim, as diversas formas intervencionistas do Estado não podem ferir princípios basilares de uma Constituição Federal, considerada como lei suprema.

A pesquisa visa responder ao seguinte problema: a imposição do regime de separação total de bens, obrigatório às pessoas maiores de setenta anos, positivada pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, pode ferir princípios constitucionais como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana?

Visto isso, como hipótese, discute-se que a norma do artigo em questão é capaz de cercear o direito dos nubentes com idade igual ou superior a 70 anos, levando-se em consideração que o direito das pessoas deve ser cuidado de forma justa, pois sem esse tipo de cuidado que, inclusive, a própria Constituição da República protege, não há que ser falar em Estado Democrático de Direito.

A metodologia para responder ao questionamento supracitado foi construída por meio de análises no plano legislativo, doutrinário e jurisprudencial brasileiro, em conjunto com análises bibliográficas levando-se em conta também os critérios do legislador ao instituir tal norma, bem como expor a posição do idoso na sociedade contemporânea e os direitos inerentes a eles.

Como objetivos específicos busca-se, Descrever os critérios do legislador ao instituir a norma e definir como obrigatória de forma taxativa o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, fazer análise dos aspectos principiológicos aplicados à matéria, explicar o instituto do casamento e a posição do idoso na sociedade atual e seus respectivos direitos.

E por fim, constatar se por meio da aplicação dos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana regidos pela Constituição Federal, podem transformar a norma do artigo 1.641, inciso II inconstitucional.

1. INSTITUTO DO CASAMENTO

São inúmeras as conceituações dadas pela doutrina para explicar o instituto do

casamento, até porque a sua definição foi sendo modificada ao longo do tempo e dos povos, inexistindo, nesse caso, uniformidade na sua caracterização. Dentre as tentativas de conceituação, Portalis, citado por Gonçalves (2012, p. 40), conceitua a união pelo casamento como “(...) sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e para compartilhar seu comum destino”.

A definição de Portalis mostra-se profundamente ligada a uma conceituação filosófica deste instituto, em razão de que o homem e a mulher, ao contrair matrimônio, celebram uma união de corpo e alma, afim de viverem mutuamente se auxiliando.

Oliveira (2003, p. 121 *apud* GONÇALVES, 2012, p. 41) já traz outra definição, a qual considera casamento como relação jurídica. Nota-se que o entendimento do autor possui uma visão de cunho contratual e não somente filosófica, a qual preceitua que:

o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.

Dessa maneira, é importante ressaltar que, em uma ampla perspectiva, a conceituação do casamento está longe de ser uniformizada, uma vez que para a sua conceituação, observam-se duas vertentes: a primeira trata de uma perspectiva filosófica e a segunda tem um caráter contratual, promovendo a ideia de que o casamento é um negócio jurídico.

Além do conceito dado pelos autores, importante se faz observar o que dispõe o Código Civil brasileiro em seu artigo 1.511³ que, de maneira simplificada, esclarece que, de fato, a união pelo casamento estabelece a união entre os nubentes, além do artigo 1.514⁴, o qual dispõe acerca do momento em que a união é consumada de acordo com a lei. (BRASIL, 2002).

Logo, de forma sucinta e objetiva, corroborando com a doutrina e o ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o casamento é a união de duas pessoas, a qual se legitima mediante as condições impostas pelo direito.

³Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. (BRASIL, 2002).

⁴ Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (BRASIL, 2002).

1.1 Tipos de Regime de Bens

Segundo Gonçalves (2012,p.381), regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento.

O Código Civil de 2002 aduz quatro espécies de Regime de Bens entre os cônjuges, sendo eles: comunhão parcial, comunhão universal, da participação final dos aquestos e separação de bens, modalidades estas que serão detalhadas posteriormente. (BRASIL, 2002).

Além dessas espécies supracitadas, é permissível aos nubentes que pactuem antes mesmo de estabelecer matrimônio o regime de bens que desejarem, conforme exposto no artigo 1.639 do Código Civil⁵, oportunidade esta intitulada de pacto antenupcial. (BRASIL, 2002).

1.1.2 Comunhão parcial de bens

De acordo com o entendimento de Dias (2016,p.533) o regime de comunhão parcial de bens configura-se como regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro. Isso significa que a comunhão parcial de bens estabelece que os bens adquiridos antes do casamento sejam somente de seu respectivo proprietário, e, após a união matrimonial, os bens adquiridos na constância do casamento passarão a pertencer aos dois.

É importante mencionar que o regime de comunhão parcial de bens é o que vigora na lei, diante de casos em que os nubentes não pactuam o regime antes de contrair matrimônio. É o que afirma o artigo 1.640 do Código Civil: “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”. (BRASIL, 2002).

Vale lembrar que o Código Civil em seus artigos 1.659 e 1.660 é claro ao delimitar os bens que se comunicam e os que não se comunicam na comunhão. Os bens de cada cônjuge não se fundem. A comunicação é do patrimônio incorporado na constância do casamento. Ainda assim, explicita a lei os bens que se comunicam (CC1.660). (DIAS, 2016, p534).

⁵Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. (BRASIL, 2002)

1.1.1 Comunhão universal

Por meio da comunhão universal ocorre uma fusão entre os acervos trazidos para o casamento pelos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou por herança. Os patrimônios se fundem em um só. (DIAS, 2016, p.537).

Segundo prescrito no artigo 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, 2002). Todavia, mesmo que a ideia apresentada nesse regime de bens seja a de unificação dos bens em sua totalidade, o Código Civil traz algumas exceções presentes no artigo 1.668⁶, as quais excluem da comunhão alguns bens. (BRASIL 2002).

1.1.2 Participação final dos aquestos

Em concordância com o artigo 1.672:

“no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”. (BRASIL, 2002)

Trata-se de um regime híbrido, pois, durante o casamento, aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. (GONÇALVES, 2012, P.417).

1.1.3 Separação de bens

O artigo 1.687 do Código Civil dispõe que “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”. (BRASIL, 2002).

⁶ São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenuciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, Gonçalves(2012,p.420) expõe que: “no regime da separação convencional, cada cônjuge conserva a plena propriedade, a integral administração e a fruição de seus próprios bens,podendo aliená-los e gravá-los de ônus real livremente sejam móveis ou imóveis.”

Logo, cada cônjuge detém seu próprio bem na constância da união, de forma a responder individualmente pelo patrimônio pessoal.1.2 Divórcio

A união pelo casamento é concebida por valores morais, religiosos e sociais, propõe-se a ser uma união duradoura entre os cônjuges. Todavia, como todas as ações humanas podem ser inconstantes, o ordenamento jurídico ressalva a possibilidade da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal por meio do divórcio.

Historicamente, a união pelo casamento era mantida de maneira impositiva. Uma vez que era indubitavelmente de cunho moral, religiosa e social, tentava-se evitar ao máximo uma possível separação.Todavia, com toda a evolução do direito e do código civil, houve inovações para os indivíduos no aspecto da dissolução da sociedade conjugal, promovendo mais facilidade em manifestar o interesse dos cônjuges na separação, independentemente da motivação para tal.

A Emenda Constitucional 66, promulgada em 13 de julho de 2010, com vigência imediata, possibilitou que qualquer um dos cônjuges possa requerer o divórcio imediato, independentemente de demonstração de culpa ou de separação prévia.

Art.1º O §6ºdo art.226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR) (BRASIL, 2010)

Fato é que a Emenda Constitucional 66 retrata a evolução normativa do ordenamento, baseando-se na autonomia da vontade privada e na liberdade dos indivíduos, sem a interferência do Estado nas escolhas de caráter tão pessoal como o matrimônio.

2. POSIÇÃO DO IDOSO NA SOCIEDADE ATUAL, SEUS RESPECTIVOS DIREITOS E A MOTIVAÇÃO, NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DE O LEGISLADOR IMPEDIR A LIVRE ESCOLHA DA DISPOSIÇÃO PATRIMONIAL DOS NUBENTES CONSIDERADOS IDOSOS

Atualmente, o aumento da expectativa de vida das pessoas tem sido anual, pois, de acordo com dados atualizados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)

“uma pessoa nascida no Brasil em 2019 tinha expectativa de viver, em média, até os 76,6 anos. Isso representa um aumento de três meses em relação a 2018 (76,3 anos). A expectativa de vida dos homens passou de 72,8 para 73,1 anos e a das mulheres foi de 79,9 para 80,1 anos”. (BRASIL, 2020)

Fernando Albuquerque, demógrafo do IBGE, confirma que:

A diminuição da mortalidade nas idades mais avançadas fez com que as probabilidades de sobrevivência entre 60 e os 80 anos de idade tivessem aumentos consideráveis entre 1980 e 2019 em todas as unidades da federação, chegando a alguns casos a mais que dobrarem as chances de sobrevivência entre estas duas idades”. (IBGE, 2021).

Fatores como a expectativa de vida influenciam veementemente em todas as esferas da vida, principalmente influenciando sob as relações familiares. Desse modo, com o aumento da expectativa de vida, vê-se a necessidade de o estatuto do idoso⁷, assegurar às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos direitos inerentes a elas.

Afirma o artigo 2º do Estatuto do idoso:

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, 2003)

Como bem disposto no artigo supracitado, as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos devem ter as suas condições de vida preservadas, no tocante a todas as esferas sociais, vivendo no mesmo nível de igualdade, de liberdade e de dignidade de toda a população.

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso supre a falta de amparo da terceira idade no que se refere ao aspecto normativo. Dessa maneira, a tipificação de normas que garantem o direito dos idosos possibilita que não seja cerceado o direito de escolha, bem como a autonomia da vontade, principalmente, em se tratando de aspectos matrimoniais, o que é objeto da pesquisa.

2.1 Critérios do legislador ao instituir a norma do artigo 1.641, inciso II do Código Civil e definir como obrigatória de forma taxativa

⁷ Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (BRASIL, 2002)

A intervenção do Estado é consideravelmente necessária na vida social. Para tanto, o Estado é considerado o ente primordial para manter a ordem na sociedade, tendo como objetivo fundamentá-la na promoção do bem comum.

Compreende-se que, para reger o Estado, na concepção histórica de Montesquieu, há uma divisão do poder estatal, a teoria dos três poderes, sendo eles: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. É o que dispõe o artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

A presente pesquisa volta-se, especialmente, para o poder legislativo, que é aquele que detém o poder de criação de novas leis, de acordo com a necessidade da contemporaneidade, bem como subsidiariamente o dever de fiscalizar as ações do poder executivo. Ressalta Paulo e Alexandrino (2017, p. 91) que “ao Poder Legislativo cabe precipuamente a elaboração das leis (atos normativos primários)”.

Importante ressaltar que, toda essa autoridade estatal é condicionada à dominação legalda Constituição Federal, já que a Constituição, na sua concepção, é a “dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado”.(NETO;SARMENTO, 2012, p.145).

A partir desse entendimento, pode-se afirmar que o Estado interferiu na adoção do regime de bens entre os cônjuges maiores de 70 anos com o intuito de proteção, sendo precipuamente capaz de evitar danos nessas relações patrimoniais dos nubentes. Talvez seja por nessa idade ser possível consumir um casamento ambicioso, na qual uma das partes se interessa somente pelo bem material.

No que se refere a essa questão, é importante citar o que Gonçalves (2012, p. 401) ressalta:

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 as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem,para casar, de suprimento judicial

Nesse sentido, Dias(2016,p.545) complementa a ideia afirmando que:

Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento.

Face ao exposto, a pretensão do legislador foi de impedir possivelmente danos futuros ao patrimônio dos nubentes, evitando eventuais desgastes frente a casamentos

visionários, consolidando-se somente por mero interesse de adquirir vantagem econômica.

Logo, a proteção do Estado é veementemente importante para os cidadãos. A motivação do legislador e a necessidade de instituir normas de proteção possuem um caráter essencial, entretanto, ainda assim as diversas formas intervencionistas do Estado na vida da população não podem ferir princípios basilares de uma Constituição Federal, lei suprema de um Estado.

3. O ALCANCE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PARA UMA POSSÍVEL VEDAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL

A imposição do regime patrimonial tratado na presente pesquisa se relaciona com a tutela dos direitos fundamentais. É com base nos aspectos principiológicos aplicados à problemática trazida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que será possível desconstruir ou construir a ideia de inconstitucionalidade para a norma referência da pesquisa.

Nesse sentido, mostra-se necessária a conceituação de princípio, haja vista que são indispensáveis na sociedade e no entendimento da própria lei, uma vez que, em conformidade com a Constituição Federal, mostram-se necessários em todo o sistema jurídico.

Entende-se por princípio um alicerce da norma; é a partir dessa premissa que se instaura uma ordem a ser seguida pelo legislador, um ponto de partida para todos os outros entendimentos possíveis. Os princípios são fundamentais, essenciais à sustentação da legitimidade de uma norma. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de outra forma, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1999, p.147)

Tal consideração remonta aos aspectos dos princípios fundamentais fundados na Constituição da República, como a dignidade da pessoa humana disposta no artigo 1º, inciso III, além dos princípios de liberdade e igualdade dispostos no artigo 5º, *caput*.

Vale ressaltar que a Constituição da República Federativa do Brasil é a lei maior, predominante sobre todas as outras legislações do ordenamento jurídico do país, por conseguinte tais princípios estão elencados nela.

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.
[...]

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

Os princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são base desta pesquisa, já que se busca analisar a constitucionalidade acerca da vedação à escolha do regime patrimonial de bens para maiores de 70 (setenta) anos.

Tais princípios, neste caso, podem ser considerados concomitantes entre si, haja vista que, havendo liberdade, em concordância e simultaneidade haverá igualdade, como bem cita Dias (2016,p.75):“no entanto,só existe liberdade se houver,em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade”.

3.1 O princípio da Liberdade ou autonomia da vontade

Princípio extremamente importante para a configuração do ordenamento jurídico e da vida em sociedade é a liberdade. Tal princípio é assegurado pelo artigo 5º,*caput*,da Constituição Federal, o qual confere amplamente aos indivíduos o direito de escolha de fazer ou não fazer algo, sem distinção de qualquer natureza, desde que não vedado em lei. (BRASIL,1988).

Nas palavras de Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes,da sociedade ou do legislador;à livre aquisição e administração do patrimônio familiar;ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas;à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2018, p. 49).

Sendo assim, a liberdade no âmbito familiar é essencial, não devendo haver objeção a esse princípio, ao passo que as partes são livres para exercer seus direitos e garantias na constituição de suas famílias. A partir dessa premissa, entende-se que o homem tem a livre iniciativa de cuidar da sua vida pessoal, sem a interferência de terceiros, salvo as

exceções impostas por lei.

No mesmo paralelo, o artigo 1.639 do Código Civil dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”(BRASIL, 2002). Este artigo realça, ainda mais, a possibilidade de os nubentes exercerem a livre escolha quanto ao regime de bens.

Dessa forma, ao se analisar o dispositivo, é possível aferir uma rejeição dessa imposição do legislador presente no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, visto que ao delimitar a liberdade de escolha dessas pessoas, conseqüentemente, fere este princípio constitucional fundamental, bem como a autonomia da vontade e capacidade civil dos idosos.

3.2 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade está presente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ao dispor que todos são iguais perante a lei. Destarte, a fim de que a igualdade seja alcançada, o artigo 3º da Constituição Federal⁸ elenca os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, o que remonta à pretensão e à necessidade de o Estado regular a sociedade, bem como à relação entre seus membros a fim de que seja alcançada a igualdade de forma efetiva.

Nesse sentido, Paulo e Alexandrino (2017,p.91) lecionam que:

Constata-se que esses objetivos têm em comum as segurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para auto determinar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente a sua condição humana.

Constitucionalmente, é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligado à ideia de justiça.(DIAS,2016, p. 76).

Especificadamente, o inciso IV do artigo 3º da CF trata da promoção do bem comum, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outra forma de discriminação. (BRASIL, 1988).

⁸Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988)

Nesse viés, o princípio da igualdade está intimamente ligado ao assunto da presentepesquisa,visto que na própria Constituição Federal há impossibilidade de qualquer forma de preconceito quanto à idade de um indivíduo.

3.3 O princípio da Dignidade da pessoa Humana

Segundo Dias(2016, p.) a dignidade da pessoa humana é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial, que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um devergeral de respeito, proteção e intocabilidade. (LÔBO, 2018, p.42). Dessa maneira, o princípioodadignidade da pessoahumanaé primordialpara a constânciada função socialdo direito.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, assegura tal princípio expressamente, sendo fundamento do Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 1988). Salienta-se que o constituinte se preocupou em colocar o homem como o fim do Estado, o que representa a essência humana como requisito base para a formação de um Estado justo. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2016, p.74).

Nesse sentido,asseveram Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2017):

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários),mas sim na pessoa humana.São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.(PAULO;ALEXANDRINO,2017, p. 90).

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas aplicáveis ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (PAULO;ALEXANDRINO,2017, p. 90).

Visto isso, ao aprofundar nos aspectos principiológicos aplicados à presente discussão abordada na pesquisa, qual seja a análise da constitucionalidade da norma do artigo 1641, inciso II do Código Civil, nota-se que os princípios abordados de liberdade, igualdade, bem como a dignidade da pessoa humana, são fundamentais para embasar a tese da inconstitucionalidade, em razão de estarem sendo, supostamente, violados.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS, OBRIGATÓRIO ÀS PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS

A regra do artigo 1641, inciso II do Código Civil, gera uma acentuada discussão entre correntes doutrinárias distintas, acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Em relação a essa temática, serão tratadas no presente tópico posições favoráveis e contrárias em torno da constitucionalidade da norma, a partir de uma análise legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

4.1 Em matéria Legislativa

No plano legislativo, pode-se afirmar que o Código Civil de 1916 positivava, no artigo 258, inciso II⁹, a regra de que a obrigatoriedade da separação do regime de bens era para os homens maiores de 60 (sessenta) anos e para as mulheres maiores de 50 (cinquenta) anos. Tal disposição modificou-se com a entrada em vigor do Código Civil em 2002, o qual não só aumentou a idade para a imposição da premissa, como também igualou a idade para ambos os sexos, sendo agora 70 (setenta) anos a idade para o início da regra.

Vale afirmar que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, direitos e deveres iguais entre homens e mulheres foram dispostos ao longo da Carta Magna, implementação extremamente necessária na sociedade brasileira. Portanto, não fazia mais sentido, no cenário atual, a diferenciação supracitada do Código Civil de 1916, ao estipular uma regra diferente para homens e mulheres no que se refere à idade, ao passo que homens e mulheres são iguais perante a lei, de acordo com o artigo 5º, inciso I¹⁰ da Constituição

⁹Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.[...] (BRASIL, 1916)

¹⁰Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

Federal.

A partir do entendimento de que o direito deve emanar dos aspectos sociais, é importante mencionar que o próprio legislador considerou a evolução da sociedade, em virtude das melhorias na qualidade de vida e na capacidade civil dos idosos, fatores preponderantes para que o progresso surtisse efeitos também no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, cita Luiz M. Neto que “norma social que é, o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer as imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto das necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim a desorganização”. (NETO, 1867, p 412).

Visto isso, mesmo com a modificação referente à idade da imposição do regime de separação de bens obrigatória as pessoas com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, ainda há alegações de que o dispositivo não tem concordância com preceitos tutelados na Constituição Federal.

A partir dessa premissa, pode-se citar o projeto de lei nº 189/2015, do então deputado Cleber Verde Cordeiro Mendes, o qual versa especificadamente sobre a insatisfação perante a obrigatoriedade imposta aos nubentes de 70 (setenta) anos ou mais, ao argumento de que a norma lesa todos os principais princípios garantidos ao indivíduo.

Nas palavras de Cleber Verde:

Se o contexto familiar se funda em dignidade da pessoa humana, solidariedade, respeito de seus entes para estabelecerem e desfrutarem de uma vida em comunhão, não seria um retrocesso praticado pelo legislador continuar com a obrigatoriedade do regime de separação de bens nos casos do artigo 1.641, II do Código Civil, ignorando todo o processo de personalização do Direito de Família. (BRASÍLIA, 2015)

Ainda, declara que:

O Regime de Bens é um dos instrumentos de que dispõe as pessoas para dar efetividade aos seus interesses na hora de constituir a família. Por isso, a separação obrigatória de bens consagra a restrição à liberdade de amar, e vai de encontro à interpretação eudemonista da família. Suprimir o direito de escolha quanto ao Regime de Bens na hora de casar é desconsiderar o princípio norteador de todo o sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana. Especificamente, no caso do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil, a restrição atenta contra a liberdade individual, ofende a dignidade da pessoa humana e inflige um ultraje à terceira idade. [...] (BRASÍLIA, 2015)

Logo, em respeito aos princípios familiares e os amplamente defendidos na

propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] (BRASIL, 1988)

Constituição Federal, observa-se que há um indício de aceitação do poder legislativo quanto à abordagem da eventual inconstitucionalidade da norma do artigo 1641, inciso II do Código Civil, em razão da matéria ter sido apresentada ao Congresso Nacional, por meio do projeto de lei.

Ainda nesse sentido, vale ressaltar que perdura um Projeto de Lei n. 2.285/2007¹¹ em trâmite no Congresso Nacional nominado de "Estatuto das Famílias", apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, o qual alega que a imposição do regime de separação total de bens às pessoas com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos possui caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges.

4.2 Em matéria jurisprudencial

A análise jurisprudencial referente ao tema é aspecto muito importante para o embasamento da duvidosa constitucionalidade levantada, observando-se em como o Poder Judiciário se posiciona nos casos concretos.

Colaciona-se ao tópico o julgado da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob a relatoria da Des. Maria Berenice Dias:

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível, Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em: 27-08-2003) (RIO GRANDE DO SUL, 2003)

Nota-se que houve a preocupação da relatora em afirmar que a norma da imposição

¹¹ Revogam-se dispositivos das Leis nºs 10.406, de 2002; 5.869, de 1973; 5.478, de 1968; 6.015, de 1973; 6.515, de 1977 e 8.560, de 1992; além do Decreto-Lei nº 3.200, de 1941. Aplica dispositivos dos arts. 226 e 227 da Constituição Federal de 1988.

do regime de separação total de bens obrigatória às pessoas com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos é atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana, descabendo implicar tal norma ao indivíduo alegando presunção de incapacidade somente em razão da idade. Por meio desse argumento negou provimento à apelação que versava sobre anulação de doação de bens.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já proferiu acórdão a respeito do tema no ano de 2014, por meio da oitava Câmara Civil, tendo como relator o Des. José Antonino Baía Borges:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE- DIREITO CIVIL- CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS-ART.258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA.

(TJMG–Arg Inconstitucionalidade 1.0702.09.649733-5/002, Relator(a):Des.(a) José Antonino Baía Borges , ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014

José Antonio Baía Borges fundamenta seu voto sob a alegação de que:

A escolha do regime de bens no casamento é um direito patrimonial, essencialmente disponível, por isso, a meu ver, desarrazoada e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada. A pessoa maior de sessenta anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, especialmente nos dias de hoje, diante do aumento da expectativa de vida. A incoerência dessa norma fica ainda mais evidente se levarmos em conta que pessoas com idade superior a sessenta anos podem exercer cargos de grande importância para a nação, tais como Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Juiz de Direito, Desembargador, Ministro de Corte Superior e, no entanto, não poderiam escolher o regime de bens do casamento. (MINAS GERAIS, 2014).

Por todo o exposto, nota-se a manifestação dos tribunais no sentido de reconhecer que a norma possivelmente merece ser analisada de forma mais profunda, a fim de promover a proteção do direito das pessoas a partir da dignidade, liberdade e igualdade, bem como a preocupação do Poder Judiciário no que tange à idade dos nubentes não ser fator preponderante para segregá-los.

4.3 Em matéria doutrinária

A doutrina é pacífica ao tratar do assunto, sendo que os entendimentos são, em

suamajoria, majoritários, os quais asseveram que há um descuido do legislador ao impor um determinado regime de bens aos idosos, obrigando-os a adotar um regime para se casar, sem antes consultar a sua vontade.

Como em toda esfera do direito nenhum posicionamento é absoluto, existem doutrinadores que são benevolentes à imposição da obrigatoriedade aos septuagenários. Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares da Silva(2010,p.418) conforme citada por Gonçalves (2012,p.403) se posiciona, alegando que:

(...) trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras

Essa cognição esclarece, de maneira geral, a motivação do legislador ao instituir anorma do artigo 1.641, inciso II. A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar a realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. (GONÇALVES,2017, p. 401).

Todavia, por outro lado, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias e Carlos Roberto Gonçalves são a favor da discussão da suposta inconstitucionalidade da norma em questão, como demonstra-se nas alegações:

A opinião de Lôbo (2003, p.242-243, *apud* GONÇALVES,2012, p.402,)

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.

Segundo Dias (2016,p.546):

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção.

Face ao elucidado, a norma do artigo em questão é capaz de cercear o direito dos nubentes com idade igual ou superior a 70 anos, *a priori* que o direito do homem deve ser

cuidado de forma justa, levando-se em consideração que as regras legislativas devem ter ligação com todos os princípios existentes no Direito.

A partir disso, a norma imposta pode ser considerada inconstitucional, mesmo que o artigo 1641, inciso II do Código Civil, esteja vigente e de fato não tenha nenhum impeditivo legal em face dele, é possível cogitar que de acordo com todas as premissas elencadas, observa-se que os princípios de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana são violados.

Logo, vale colocar em evidência que a liberdade é violada a partir do momento que a vontade dos septuagenários é limitada a um tipo só de escolha de regime de bens; a igualdade não é promovida quando há diferenciação das pessoas meramente pelo requisito da idade; a dignidade da pessoa humana não é respeitada no momento em que existe uma estimativa exata de incapacidade civil.

Por fim, conclui-se que o artigo 1641, inciso II do Código Civil, está em desarmonia com as premissas constitucionais, revestido de insegurança jurídica, devendo ser declarado, portanto, inconstitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado ao longo da presente pesquisa a regra imposta pelo artigo 1641, inciso II do Código Civil entra em conflito com algumas normas constitucionais basilares do ordenamento jurídico. A discussão sobre a possível inconstitucionalidade da obrigação é importante, visto que pode impactar a vida dos nubentes idosos e suas relações patrimoniais.

O legislador utilizou apenas de critérios etários e de suposições do que poderia acontecer caso as pessoas com idade igual ou superior a 70 anos se casarem por mero interesse econômico, afastando a expressão da vontade e capacidade civil deles, ao adotar um regime de bens que lhes aprouver e dispor de seu patrimônio da forma que acharem válido.

No plano legislativo, houve uma mudança considerável, tendo em vista que, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a idade para a adoção do regime de separação total de bens foi ampliada para 70 (setenta) anos, sendo que antes no Código Civil de 1916 era 60 (sessenta) anos, dando conta de iniciar levemente o avanço nesse sentido.

O entendimento da doutrina é majoritário a respeito da inconstitucionalidade da norma, bem como alguns Tribunais de Justiça brasileiros já vêm se posicionando contrariamente à obrigatoriedade mencionada, demonstrado, por meio das jurisprudências

apresentadas ao longo do conteúdo, além dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional.

Observa-se que o Estado tem o condão de proteger os nubentes idosos, mas é claro que o fato de obrigar uma pessoa a adotar um tipo de regime de bens, sem antes consultar a sua vontade cerceia o direito de escolha. É importante mencionar que as questões matrimoniais possuem um caráter intrinsecamente particular do indivíduo, sendo impróprio o Estado intervir nesse sentido.

Todavia, essa interferência do legislador na vida pessoal dos nubentes idosos poderia ser válida quando constatado que o indivíduo não possui discernimento para gerir seus bens e praticar os atos da vida civil, como ocorre em outras situações fáticas abarcadas pelo direito. Portanto, deveria haver uma relativização legal e ser analisado o caso em concreto, não impondo restrições de forma coletiva levando-se em conta somente a idade.

Nesse sentido, conclui-se que a hipótese levantada se confirma, uma vez que, levando-se em consideração os indicadores de vitalidade das pessoas de 70 (setenta) anos, mostra-se que eles são, ao menos tese, plenamente capazes de exercerem a sua autonomia da vontade. Importante salientar também que, aos idosos amparados pela soberania constitucional e os princípios que vigoram, de fato, a norma imposta pelo artigo 1641, inciso II do Código Civil é inconstitucional.

Enfim, conclui-se, então, que o texto contido no dispositivo do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 pode ser declarado inconstitucional, visto que não está em consonância com os princípios constitucionais de liberdade, de igualdade e de dignidade da pessoa, assim como o Estatuto do Idoso. Tal artigo cerceia a liberdade de escolha, limita a capacidade civil e não acompanha a constante evolução no ramo do direito, presumindo-se assim, inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,DF, 5 de out. 1988. Disponível em;<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL.**Lei n ° 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil.Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em;<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos. **Agência IBGE notícias**, 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos#:~:text=Em%202019%2C%20expectativa%20de%20vida,anos%20%7C%20Ag%C3%A2ncia%20de%20Not%C3%ADcias%20%7C%20IBGE>> Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística Expectativa de vida dos brasileiros aumenta 3 meses e chega a 76,6 anos em 2019. **Agência IBGE notícias**, 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>> Acesso em: 25 fev. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. v. 6 . 9 ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil : Famílias**. V. 5, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de, 1689-1755. **Do Espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETO, Antônio Luiz Machado. **Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987

NETO, S, P, C; SARMENTO, D. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010: Incompatibilidade legislativa**. 12 páginas. Artigo. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Separa%c3%a7%c3%a3o%20EC%2066_2010.pdf> Acesso em: 25 fev. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. v. 6, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.