

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS

Fernanda Caroline de Oliveira¹
Priscila Fernanda Barbosa Félix²

Orientadores

Raquel Prudente de Andrade Neder Issa³
Jorge Heleno da Costa⁴

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade abordar a problemática acerca da possível (in)constitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil Brasileiro, que impõe o regime de separação total de bens aos septuagenários. Como parâmetro para definir sobre a possível (in)constitucionalidade do presente artigo, foram analisados princípios constitucionais e posições doutrinárias discute-se que tal imposição pode ferir princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil, como da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade. Diante disso, iniciou-se estudando o instituto do casamento, seus tipos de regimes de bens, e sobre divórcio e união estável, expondo os pontos mais importantes. Em seguida, se faz necessário analisar a motivação, a necessidade de o legislador impedir que o idoso exerça sua autonomia da vontade. E por fim, buscou-se verificar a possível (in)constitucionalidade acerca do artigo 1641, inciso II do Código Civil, por meio dos posicionamentos no plano legislativo e doutrinário.

Palavras-Chave: Regime de bens, Idoso, Inconstitucionalidade, Autonomia da Vontade, Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz a análise acerca da (in) constitucionalidade do artigo 1641, II, CC/2002, frente ao aumento da expectativa de vida do brasileiro, à necessidade de valorização da autonomia do idoso e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa. Abordando brevemente a história do casamento no Brasil e os tipos de regimes existentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, com destaque a violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a incapacidade expressa no livro de família que conflita com a Constituição Federal que preza por esses princípios

¹ Graduanda do 10º período do curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: fc69579@gmail.com

² Graduanda do 10º período do curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: barbosa89pri@gmail.com

³ Advogada e Mestre em Direito. Professora do curso de Direito da UNIPTAN. E-mail: rpnissa@gmail.com

⁴ Advogado e Mestre em Direito. Professor do curso de Direito do UNIPTAN. E-mail: jorge.costa@uniptan.edu.br

fundamentais. Neste estudo identifica-se então, a relevância deste tema, visto que tal imposição pode ter grande impacto na vida dos nubentes idosos. Discutir sobre o regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, é trazer à tona se tal imposição afeta a dignidade e liberdade dos idosos de garantir uma comunhão plena de vida. A dignidade da pessoa humana é um princípio de grande importância para o ordenamento jurídico brasileiro, e se existe uma norma que contrarie o que rege tal princípio, é necessário examinar e discutir os fundamentos de tais imposições. Portanto, é essencial a análise do referido tema, uma vez que a imposição imposta no artigo 1641, II do CC/2002 causa um impacto na vida daqueles que buscam se casar ou viver em união estável com idade superior aos setenta anos.

De tal maneira, o presente artigo trouxe como problema de pesquisa se a norma contida no artigo 1641, II, CC/2002, a qual disciplina o regime de bens no casamento das pessoas com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos de idade, pode ser considerada inconstitucional por aparentemente criar, de forma tácita, mais uma espécie de incapacidade civil e discriminação à população idosa? Sendo o objetivo geral da presente pesquisa, examinar a (in)constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens para os septuagenários em relação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e da igualdade.

Dessa forma, para que se alcance o objetivo geral, os objetivos específicos consistem em conceituar e especificar as formas de casamento e união estável, divórcio e regime de bens, suas características e repercussões patrimoniais; analisar os fundamentos do regime de separação obrigatória de bens imposto aos idosos maiores de 70 (setenta) anos de idade, por determinação do artigo 1641, II, do Código Civil de 2002; identificar a existência de discriminação ao idoso e cerceamento da autonomia da vontade, diante de tal imposição legal e discutir a criação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, nos casos de casamentos de pessoas maiores de 70 (setenta) anos de idade, como possível forma de atenuar os problemas acima descritos.

O presente estudo consiste em pesquisas doutrinárias, análises de leis e de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e consultas a artigos científicos, em conjunto com análises bibliográficas atentando-se também aos critérios do legislador ao instituir tal imposição, expondo também a posição do idoso na sociedade e os direitos inerentes a eles.

1 INSTITUTO DO CASAMENTO

O casamento é um instituto muito antigo, e sua definição foi sofrendo alterações ao longo dos anos e dos povos. Na tentativa de conceituar o casamento, Tartuce diz:

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição familiar e baseada em um vínculo de afeto (TARTUCE, 2022, p.1.205).

Já Lôbo conceitua o casamento como:

Um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado (LÔBO, 2021, p.97).

Na antiguidade, a família nascia e permanecia unida em função da religião primitiva, sendo o casamento a primeira instituição criada com o objetivo de criar e perpetuar a família. Nele, a mulher era obrigada a abandonar os deuses do lar paterno para cultuar aqueles do marido, a quem deveria dar um filho que desse continuidade ao culto doméstico. Ou seja, o patriarcado e a religião eram a base do casamento, conforme descreve Coulanges na obra “A Cidade Antiga”

Segundo a Dias (2021), com advento da República em 1889, somente os católicos poderiam contrair matrimônio, uma vez que, só existia o casamento religioso. Em 1891 o casamento Civil surgiu, porém, com influências religiosas, ou seja, seu caráter sagrado foi absorvido pelo Direito, e na Constituição do Brasil era previsto como casamento indissolúvel.

Há alguns anos o casamento era exclusivo entre homem e mulher, não podendo pessoas do mesmo sexo contrair matrimônio. Nos tempos atuais, o Brasil admite casamento de pessoas do mesmo sexo.

1.1 Regime de bens

Segundo Tartuce (2022, p. 1241), o regime matrimonial de bens é o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar.

O Código Civil de 2002 arrola quatro espécies de regime de bens entre os cônjuges, são eles: comunhão universal, comunhão parcial, participação final nos aquestos e separação de bens.

Além das espécies de regime de bens elencados no Código Civil de 2002, poderão os nubentes através de um pacto antenupcial escolher o regime de bens que desejarem antes mesmo do matrimônio, e encontra amparo no artigo 1639 do Código Civil de 2002. A lei atualmente permite que os cônjuges alterem o regime de bens adotado no momento do matrimônio, desde que não tenha sido imposto por lei.

1.1.2 Comunhão universal

Segundo Tartuce (2022), a comunhão universal de bens ocorre quando os nubentes através de pacto antenupcial escolhem tal regime de bens, os bens adquiridos antes do matrimônio e os que forem adquiridos posteriormente irão compor o patrimônio do casal. As dívidas assim como os bens são unificados e passam a ser de responsabilidade de ambos os cônjuges.

A ideia desse regime é de unificar os bens em sua totalidade, porém o Código Civil traz algumas exceções previstas no artigo 1668, as quais excluem da comunhão alguns bens.

1.1.3 Comunhão parcial

É o regime que vigora em lei nos casos em que os nubentes não estabelecem o regime de bens antes do matrimônio, ou em caso de pacto antenupcial nulo ou ineficaz.

De acordo com Dias (2021, p. 700) trata-se de regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro.

Os artigos 1659 e 1660 do Código Civil delimitam os bens que se comunicam e os bens que não vão se comunicar e deixou claro que os bens dos cônjuges nesses casos não se confundem.

1.1.4 Participação final nos aquestos

De acordo com o artigo 1672 do Código Civil:

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).

De acordo com Diniz:

Nesse novo regime de bens há formação de massa de bens particulares e incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio (DINIZ, 2020. p.205).

No regime de participação final nos aquestos se aplica a regra da separação de bens durante o matrimônio, e se aplica as regras da comunhão parcial na dissolução da união conjugal.

1.1.5 Separação de bens

O regime de separação de bens pode ser o convencional (realizado por pacto antenupcial) ou o legal ou obrigatório (artigo 1641 do Código Civil 2002).

Segundo Tartuce:

Não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à união, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges (TARTUCE, 2022, p. 1271).

Para que tal regime seja o adotado na união é preciso que seja firmado o desejo dos nubentes através um pacto antenupcial, porém por imposição legal algumas pessoas são privados da sua vontade e são obrigadas a adotar esse regime.

A determinação da separação obrigatória de bens é regulamentada pelo artigo 1641 do Código Civil de 2002.

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial. (BRASIL, 2002).

As pessoas arroladas no artigo acima, são as que obrigatoriamente deverão se casar pelo regime da separação de bens, são as pessoas que o legislador privou da liberdade de escolha.

1.2 Divórcio

Segundo Diniz:

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante escritura pública ou sentença judicial, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias (DINIZ, 2020, p.317).

A emenda constitucional nº 66, promulgado dia 3 de junho de 2010, com vigência imediata, veio facilitar a dissolução do casamento através do divórcio, antes

era necessário que ficasse 2 anos separados de fato para que só depois pudesse se divorciar e discutir qual o cônjuge era o culpado pelo fim do vínculo conjugal.

1.3 União estável

De acordo com Dias:

As uniões surgidas sem o selo do casamento eram rotuladas de concubinato, expressão altamente discriminatória. Quando o seu rompimento, pela separação ou morte de um dos companheiros, demandas começaram a bater à porta do judiciário (DIAS, 2021, p.584).

A união estável encontra-se prevista no artigo 226, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no artigo 1723 do Código Civil de 2002. A Constituição da República reconheceu como entidade familiar a união estável, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, desde que com o objetivo de constituir família, com isso, o concubinato foi colocado sob o regime da absoluta legalidade, dando segurança jurídica para o companheiro que teria seus direitos patrimoniais assegurados, pois após o Supremo Tribunal Federal considerar o artigo 1790 do Código Civil inconstitucional, acabou com a diferenciação entre união estável e casamento em relação ao direito sucessório.

A união estável, em regra, é regida pelo regime parcial de bens, salvo quando os companheiros decidem por outro regime de bens, no contrato de união estável.

2 IMPOSIÇÃO DO LEGISLADOR NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS DOS NUBENTES IDOSOS E OS DIREITOS DO IDOSO: VEDAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

De acordo com a teoria chamada de “peso e contrapesos” de Montesquieu, Poder executivo, poder legislativo e poder judiciário, que segundo a Constituição da República de 1988, são independentes e harmônicos entre si, mas que tinham como função atípica “frear” abusos um dos outros, era o chamado pesos e contrapesos.

Este presente trabalho terá como foco o poder legislativo, já que este é o responsável pela criação das leis, e foi quem criou a lei que está sendo suscitada sua possível (in)constitucionalidade.

2.1 Imposição do legislador na escolha do regime de bens.

A intervenção estatal é necessária para que a vida em sociedade seja minimamente civilizada, já que o Estado é quem mantém a ordem, objetivando o bem

comum, porém essa autoridade do Estado está condicionada aos limites impostos pela Constituição da República.

Com isso fica claro que o Estado interferiu mais que devia no regime de bens imposto aos idosos, apesar do intuito ser o de proteção o legislador feriu princípios constitucionais, criando uma distinção entre brasileiros, o que é vedado pelo art. 5º caput da Constituição da República.

Para as autoras Lima e Sá

Está claro que o legislador ordinário partiu do pressuposto de que o idoso é, necessariamente vulnerável, ainda quando não se encontra em quaisquer das situações capituladas nos art. 3º e 4º do CC/02 que disciplinam o regime das incapacidades (2018, p.20-21).

Desta forma, se torna injustificável a decisão do legislador de violar o direito de escolha de uma pessoa que não se encontra no rol de incapazes. O legislador priva o idosos de sua autonomia da vontade por mero preconceito.

2.2 Dos direitos dos idosos

A constituição da República em seu artigo 230, prevê:

A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL,1988).

Em 2003 foi criado o Estatuto do idoso, que foi um grande avanço para a proteção dessas pessoas. Foi assegurado ao idoso maior de 70 anos o direito de contrair matrimônio, porém, o legislador não assegurou o direito de determinar qual regime de bens será o melhor para esse idoso.

Segundo Dias:

Tratando-se de norma protetiva, o correto seria estabelecer de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigente quando os nubentes nada convencionam por meio de pacto antenupcial. Impor o regime de separação total, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o casamento, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças (DIAS, 2021, p.425).

Foi o que levou o Supremo Tribunal Federal a criar a Súmula 377 para sanar tal injustiça, alterando assim o regime imposto pela lei e transformando em comunhão parcial.

2.3 A violação ao princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade pode ser chamada de autonomia privada, já que se trata da escolha de um indivíduo e suas particularidades e de seu direito de contratar.

O casamento que tem natureza contratual, o indivíduo é livre e capaz, e tem o direito de contrair matrimônio, ele tem que ter o direito de escolher o regime de bens que bem quiser.

Segundo as autoras Lima e Sá:

O código civil de 2002, que concretiza o princípio da autonomia privada em vários dos seus dispositivos, quando se refere ao idoso, inverte a equação para limitar direitos, impondo o regime de separação de bens para pessoa com idade igual ou superior a 70 anos (2018.p.20).

Com o Estatuto da pessoa com deficiência, uma pessoa com deficiência pode expressar sua vontade a respeito do regime de bens através de um representante, não possui nenhuma restrição para que escolham o regime de bens que irão se casar, mas o idoso com idade superior a 70 anos, plenamente capaz, é privado de exercer sua autonomia e decidir qual regime mais lhe convém.

3 O ATAQUE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, IGUALDADE E LIBERDADE COMO JUSTIFICATIVA DE UMA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1641, II DO CÓDIGO CIVIL

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, é taxado que um dos preceitos da República é a dignidade da pessoa humana, tal como ainda na Constituição Federal o artigo 3º elenca que um dos objetivos fundamentais da Federação é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A dignidade da Pessoa Humana é princípio universal, se tratando de um princípio de suma importância que está até inserido na Declaração de Direitos Humanos.

Segundo Dias (2021, p.65):

Trata-se de um macro princípio, que inclui em si todos os demais direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, a autonomia privada, a solidariedade, a saúde, a vida, entre outros.

Para Moraes:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro

dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante, tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria (2021, p. 48).

Como princípio essencial do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana assegura a todos os cidadãos, sem distinção, o desfrute absoluto dos direitos fundamentais, sendo o poder estatal limitado em suas esferas, quando se elabora uma norma, tanto quanto a sua aplicação para que não ocorram abusos do Estado que venham a exceder tal limite.

A lei ao impor o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos fere a dignidade moral e o direito de escolha dos idosos.

3.2 Princípio da igualdade

Tal princípio está elencado no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, no qual diz expressamente que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ou seja, todos os cidadãos devem ser tratados de forma equivalente, dentro do imposto pela legislação, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Desta forma, o Estado quando impõe aos septuagenários o regime de separação obrigatória de bens, acaba fazendo distinção dessas pessoas, em razão única e exclusivamente de suas idades, indo em sentido contrário do Princípio da Igualdade que busca dar a todos tratamentos adequado e respeitar suas limitações e diferenças.

3.3 Princípio da liberdade

Dentro dos princípios de igualdade, também se tem a liberdade, que é uma instituição de suma importância para a vida social e para o ordenamento jurídico.

É no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal que o direito à liberdade está assegurado, e é através do mesmo que o indivíduo tem liberdade para fazer suas escolhas, sempre respeitando os limites da lei.

A atuação da liberdade deve ser feita de forma ampla, tendo o ordenamento jurídico o dever de assegurar esse direito de modo geral, sem discriminar uma pessoa em razão de sua idade, sendo assegurado o seu direito de liberdade de escolher o regime de bens que lhe entender melhor.

Dias (2021, p.66), destaca que:

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em banir discriminações de qualquer ordem, conferindo especial atenção à liberdade e à igualdade, e neste particular cita a imposição do regime de separação de bens como um dos mais flagrantes exemplos de afronta ao princípio da liberdade.

Sendo assim, a imposição do artigo 1641, inciso II, do Código civil de 2002, caracteriza uma restrição à vontade e à liberdade dos idosos limitando o mesmo que é maior de idade de controlar e conduzir sua própria vida conforme suas vontades, infringindo todos os princípios que são ligados à Dignidade da Pessoa Humana.

Quando se faz um compilado de todos os preceitos acima abordados, se vê que o regime patrimonial tem uma ligação com os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, e é através desses princípios dos direitos fundamentais, que seria possível romper as problemáticas elencadas no artigo 1641, inciso II do Código Civil, sendo tais princípios fundamentais para o embasamento de uma tese de inconstitucionalidade do referido artigo, pois estão sendo presumivelmente violados.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS: RESTRIÇÃO AO DIREITO DE AMAR?

O texto elencado no artigo 1641, inciso II, do Código Civil, no qual fica estabelecido o regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, é alvo de grandes discussões entre doutrinadores acerca de sua (in)constitucionalidade. Nesse viés, ao longo dessa temática, serão abordadas posições que se arrolam acerca dessa possível inconstitucionalidade, por violar a dignidade da Pessoa Humana dos idosos, em razão de tratamento diferenciado única e exclusivamente em razão de idade.

4.1 Visão doutrinária

A doutrina é pacífica no que tange esse assunto, os entendimentos são majoritários no sentido de que o legislador errou ao impor um regime de bens específico aos idosos.

De acordo com Maria Berenice Dias (2021, p.425):

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Segundo Paulo Lôbo (2021, p.345):

Essa hipótese é atentatória ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a CF/1988 não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus.

A vedação imposta no artigo 1641, inciso II, do CC/02, é ofensiva às decisões pessoais dos cônjuges, pois está em paralelo ao princípio da liberdade, visto que, se tem como fundamento a proteção patrimonial, sendo imposta mesmo que a pessoa não tenha nenhum bem, ficando então, notório que tal argumento Estatal é sem fundamento algum, e se trata apenas de uma sanção em razão da idade, que acaba ferindo também o princípio da isonomia. Tal imposição, fere a dignidade e a honra dos septuagenários transparecendo tratamento preconceituoso única e exclusivamente por presumir que o idoso não tem sanidade mental para designar sobre seu próprio regime de bens.

Além do mais, tal norma se torna ainda mais questionável e inaceitável, quando ela impede os idosos de escolherem seus regimes de bens, mas não os impede de tomarem outros feitos de cunho patrimonial, inclusive negociais.

Ademais, cabe ressaltar, que o Estatuto do Idoso estabelece que os idosos são detentores de todos os direitos fundamentais inerentes da pessoa humana, assim como é expressamente vedado a discriminação, tendo o Estado a obrigação de garantir a consumação dos seus direitos. Logo, restringir aos maiores de setenta anos o direito de escolher seu próprio regime matrimonial é uma forma de tratamento restrito, configurando claro ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, ao Estatuto do idoso que se trata de uma lei especial.

Tartuce relaciona razões para inconstitucionalidade do texto trazido no artigo 1641, inciso II, do Código Civil:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF/1988). Isso porque introduz 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 (TARTUCE, 2022, p.1249).

Nessa mesma esteira, Gagliano e Filho (2021. V.6, p.325 *apud* Flávio Tartuce, 2022, p. 1249) “O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso”.

Idade avançada não é justificativa para causa de incapacidade civil para exercício de atos no ordenamento jurídico.

Ademais, a justificativa de proteger os idosos de supostos golpes, não deve ser única e exclusivamente aos mesmos, visto que qualquer pessoa está sujeita a cair em golpes, em qualquer idade. Ficando assim, visível o prejulgamento aos idosos por discriminá-los em razão de idade.

Só poderia se falar na validade da norma do artigo 1641, inciso II, Código Civil, se os fundamentos de validade da mesma se encontrassem com validade na norma constitucional, porém, isso não acontece, uma vez que, a norma do código civil é inferior às normas fundamentais do artigo 1º, III, da Constituição Federal, onde fala da dignidade da pessoa humana e o artigo 3º, IV da Constituição Federal, que está elencado a proibição de preconceito à idade.

Diante o exposto, a norma exigida poderá ser considerada inconstitucional, por ferir os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. É válido que todos, independente de idade, todos têm a liberdade de escolher os próprios caminhos e decidir suas vidas, logo, tal norma viola a liberdade dos idosos de escolher o regime de bens que eles querem contrair, impondo a eles uma única escolha, lhes tirando também a liberdade de amar e ser feliz com quem quiserem e como bem entenderem, tal norma também impõe uma grande desigualdade, por diferenciá-los em razão de idade, o que vai totalmente em sentido contrário ao princípio da igualdade. Pode-se concluir então, que a norma do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, está em desconformidade com a Constituição Federal, devendo ser declarada inconstitucional.

4.2 Súmula 377

Em 1.964, após muitas demandas chegarem ao judiciário, o Supremo Tribunal Federal, foi editada a súmula 377, e o Supremo Tribunal Federal, entendeu que a convivência leva à presunção de esforço em comum na aquisição de bens.

Desta forma, a súmula 377 sanou a injustiça criada pelo legislador, e acabou que de certa forma, transformou o regime da separação de bens em regime de comunhão parcial de bens.

5 ETARISMO OU IDADISMO: A IDEIA PRECONCEITUOSA DE QUE IDOSOS ESTÃO FORA DA ENGRENAGEM POLÍTICA E ECONÔMICA DO MUNDO

Aos 53 s Pereira em seu canal no Youtube define “Etarismo que também é conhecido como idadeísmo é o preconceito em relação a idade, que atinge principalmente os idosos” (0:53).

De acordo com o artigo 1º do Estatuto do Idosos, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Apesar da Constituição da República em seu artigo 3º, IV, vedar a discriminação ao idoso, o idoso vem sofrendo preconceito a muito tempo por causa da sua idade avançada, como se fosse motivo de vergonha chegar a velhice. O poder público, que é o responsável por acabar com esse preconceito através de políticas públicas inclusivas, não faz, pelo contrário, o legislador brasileiro criou uma norma que foi inserida no Código Civil, onde obriga o idoso a se casar sob o regime de bens que o legislador achou conveniente.

Anteriormente o Código Civil de 1916 determinava que era obrigatório a mulher maior de 50 anos e o homem maior de 60 anos a casar com separação total de bens, porém com advento da Constituição da República de 1988, com os princípios da igualdade passou a ser obrigatório o regime da separação de bens aos maiores de 60 anos.

Com a edição do Código Civil de 2002, passou a ser obrigatório tal regime de bens aos maiores de 70 anos, mas sem explicar o motivo.

Para as autoras Lima e Sá (2018):

O que criticamos é a visão preconceituosa que inspirou a norma do art. 1641, II, CC/02, ensejando a intervenção do Estado na liberdade de um cidadão adulto e capaz, em plenas condições de decidir sobre sua pessoa e seu patrimônio. Nessas situações o intervencionismo estatal é injustificável, porque desnecessário. O legislador partiu da discutível premissa de que a pessoa idosa não é capaz de inspirar amor (2018, p.21).

O legislador usou como motivo a suposta proteção do idoso, mas acabou violando o direito de escolha do idoso, assim fomentando ainda mais o preconceito que os idosos sofrem no Brasil.

Aos 5 min e 03 s, Rodrigo da Cunha Pereira disse que “O velho, o idoso assim, como as crianças não fazem mais parte da engrenagem econômica do país” (5:03).

Ao privar o septuagenário de exercer sua autonomia da vontade, o legislador age como se idoso fosse incapaz de fazer uma escolha sem se prejudicar, um posicionamento que tira a dignidade do idoso de gerir sua própria vida. O legislador

criou uma norma preconceituosa para supostamente proteger o idoso, e violou princípios previstos na constituição.

O Brasil assinou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos dos Idosos em 2015, porém anos se passaram e o legislador brasileiro não se preocupou em ratificar, para que passasse a ter validade no Brasil, deixando claro que o intuito do artigo 1641, II não é proteger o idoso e sim proteger o direito sucessório do herdeiro.

O poder público não demonstra interesse em realizar políticas públicas para acabar com o preconceito e indignidade do idoso. Rodrigo da Cunha Pereira defende em seu canal do Youtube.

Aos 5 min e 03 s, Rodrigo da Cunha Pereira disse que “O velho, o idoso assim, como as crianças não fazem mais parte da engrenagem econômica do país” (5:03).

Como a maioria dos idosos não praticam sua cidadania através do voto, o legislador não vê interesse em criar normas para beneficiar esse público, uma vez que não vai render votos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado ao longo da pesquisa a vedação elencada no artigo 1641, inciso II do Código Civil, onde impede os septuagenários de contraírem casamento em regime de comunicação de bens, conflita alguns princípios constitucionais basilares sobretudo o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. A discussão sobre tal imposição é de grande importância, visto que tal imposição pode ter grande impacto na vida dos nubentes idosos.

Há de se dizer no âmbito legislativo houve uma mudança significativa, visto que no Código Civil de 1916, a idade para a adoção do regime de separação total de bens era de sessenta anos, e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a idade foi ampliada para setenta, tendo um leve avanço.

Porém o Código Civil de 2002 mostra-se inconsistente à medida que na construção dos seus artigos determina que serão livres para estipular e dispor seus bens da melhor maneira que entender e em sequência, limita a autonomia do septuagenário, sem qualquer justificativa, a não ser a de proteção dos idosos. Além do mais, a regra aparenta proteger o herdeiro muito mais do que a pessoa que a regra deve proteger, desconsidera a autonomia do indivíduo na disposição de seus bens e

ainda presume que uma pessoa de setenta anos não tem a capacidade de escolha do regime patrimonial de seu casamento.

O Estado tem a função de proteger os idosos e seus direitos, porém, quando limita a autonomia da vontade deles na escolha de seu matrimônio não se trata de uma proteção e sim de uma invasão à esfera privada dos idosos sob o argumento de proteção do patrimônio, interferindo na liberdade e autonomia dos maiores de setenta anos.

Além do mais, idade avançada não significa que a pessoa é incapaz, visto que os idosos possuem capacidade plena negocial tornando tal vedação ainda mais ilegítima e contraditória à Constituição Federal que privilegia a dignidade da pessoa humana. E com a expectativa de vida cada vez maior, a sociedade cuida cada vez mais da saúde física e mental, e contam com os avanços tecnológicos para melhorar a qualidade de vida. Nesse viés, as diretrizes que diferenciam os idosos com a desculpa de proteção a eles deveriam dar ênfase à situação atual dos mesmos.

Por fim, é de se verificar que a norma do artigo 1641, inciso II do Código Civil sofre de inconstitucionalidade, especialmente ao se preocupar mais com o patrimônio dos idosos do que a manutenção dos seus direitos, dignidade, autonomia da vontade e liberdade. Ainda, se mostra uma vergonhosa presunção de incapacidade dos idosos, que é uma realidade social que deve ser combatida todos os dias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 26 fev. 2022.

BRASIL.Lei n o 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: 25 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.741, 01º de Outubro de 2003. Instituiu o Estatuto do Idoso. Diário Oficial da União, Brasília , DF, 01º de out.2003. Disponível em;
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em; 03 de mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias, -14.ed. rev. ampl. e atual-Salvador: Editora JusPodivm,2021.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família / Maria Helena Diniz. -34. ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denys. A Cidade Antiga. Frederico Ozanam Pessoa de Barros EDAMERIS: São Paulo, 1961.

LIMA, Thaisa Maria Macena de, Ensaios sobre a velhice/ Thaisa Maria Macena de Lima [e] Maria de Fátima Freire de Sá.2.ed.rev.e.atual. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

LÔBO, Paulo. Direito Civil- volume 5: famílias / Paulo Lobo. - 11.ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único / Flávio Tartuce. - 12. ed. - Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Saiba mais sobre os direitos da Pessoa Idosa . Youtube, 21 fev. 2022. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=eta0NnHdcog&t=57s>. Acesso em: 17 mar. 2022.