THAISA RIBEIRO SILVA PIMENTA

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE

Ji-Paraná

2019

THAISA RIBEIRO SILVA PIMENTA

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE

Artigo apresentado no Curso Graduação, do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, no ano de 2019, como requisito parcial para obtenção do título no curso Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Me. Kellyana Bezerra de Lima Veloso

Ji-Paraná

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

P 644 Pimenta, Thaisa Ribeiro Silva

A imposição do regime de casamento aos nubentes maiores de 70 anos de idade/ Thaisa Ribeiro Silva Pimenta - Rondônia, 2019.
28 p.

Orientadora: Professora Me. Kellyana Bezerra de Lima Veloso.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) Centro Universitário São Lucas, curso de Direito, 2019.

1. Direito. 2. Casamento. 3. Regime de bens 4. Idosos. I. Veloso, Kellyana Bezerra de Lima.

CDDir 342.1626

Ficha Catalográfica elaborada pela Bibliotecária Dávilla V.O. da Silva CRB11/954

THAISA RIBEIRO SILVA PIMENTA

A IMPOSIÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO AOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito de aprovação para obtenção do Título de Bacharel em Direito.
Orientadora Professora Me. Kellyana Bezerra de Lima Veloso

Ji-Paraná, ___ de ___ de _____

Avaliação/Nota

BANCA EXAMINADORA

_____

Titulação e Nome — Nome da instituição

_____

Titulação e Nome — Nome da instituição

_____

Titulação e Nome — Nome da instituição

RESUMO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, foram conquistados por todos os cidadãos vários princípios constitucionais, dentre eles evidenciamos o da dignidade da pessoa humana, igualdade e o princípio da liberdade, visando assegurar direitos aos brasileiros, incluindo os idosos septuagenários, que é o tema da pesquisa, demonstrando os constantes desrespeitos de tais direitos pelos legisladores infraconstitucionais, gerando uma mobilização dos Juristas, Tribunais e da própria sociedade para harmonizarem o inciso II do artigo 1641 do Código Civil de 2002, demonstrando a realidade atual do idoso no Brasil e como este vem sido tratado de maneira indiferente e preconceituosa por não ter o poder de escolher seu próprio regime de casamento.

Palavras Chave: Inconstitucionalidade. Idoso. Casamento. Regime de Bens.

ABSTRACT

With the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, various constitutional principles were conquered by all citizens, among them we highlight the Dignity of the human person, Equality and the principle of Freedom, aiming to assure rights to Brazilians, including the elderly septuagenarians. , which is the theme of the research, demonstrating the constant disrespect of such rights by the nonconstitutional legislators, generating a mobilization of Jurists, Courts and society itself to harmonize item II of article 1641 of the Civil Code of 2002, demonstrating the current reality of the elderly in Brazil and how it has been treated indifferently and biased for not having the power to choose its own marriage regime.

Keywords: Unconstitutionality. Old man. Marriage. Goods Regime.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos. Imposição prevista no Código Civil de 2002, previsto no artigo 1641, II, buscando o legislador a proteção e resguardo ao patrimônio do idoso ao contrair matrimônio após ter completado 70 anos, o protegendo de um possível casamento motivado por interesses econômicos.

Ficando evidente a violação da Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu artigo 5º que: “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 a propriedade”.

O Estatuto do Idoso (lei 10741/03), não aduz nenhum regulamento que indique tal imposição, ao contrário, o estatuto no artigo 10 relaciona que: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.

A população idosa brasileira vem crescendo a cada ano, devido ao aumento de qualidade de vida na terceira idade e o aumento de expectativa de vida e o avanço da medicina, estando os idosos mais ativos, buscando viajar, trabalhar após a aposentadoria e até mesmo se casando na terceira idade, demonstrando que a norma imposta pelo artigo 1641, inciso II, trazendo tal obrigatoriedade do regime de separação de bens para o maior de 70 anos, não parece estar em consonância com a atual realidade dos idosos no Brasil, sendo uma norma preconceituosa por os tornarem incapazes pelo simples fato de ter alcançado determinada idade.

Observando que na realidade tal obrigatoriedade é um reflexo de um Código Civil extremamente patrimonialista, visto que em momento algum foi considerado o sentimento dos nubentes. Sendo a pesquisa elaborada com o objetivo de demostrar uma nova perspectiva quanto ao idoso, demonstrando o quanto são capazes na terceira idade, não havendo como ignorar a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

1. DA REGULAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS IDOSOS

A Constituição vigente foi promulgada em 05 de outubro de 1988, substituindo a Constituição de 1967 com o fim da ditadura militar no Brasil. Naquele momento, vivíamos ainda sob a égide de uma sociedade patriarcal, as constituições anteriores e o Código Civil regulavam a família apenas pelo casamento entre homem e mulher. O Presidente da Câmara dos Deputados Ulysses Guimarães em seu famoso discurso proferido na promulgação da Constituição disse:

> Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria (BRASIL, 1988)

O legislador dedicou um capítulo da Constituição Federal para tratar da “Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”. A proteção ao idoso está prevista no artigo 230, e o dever de amparo ao idoso é uma responsabilidade tripartite, ou seja, é da sociedade, do Estado e da família, conforme se vê. 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 seus dois parágrafos o Estado estabelece ainda, programas de amparo aos idosos e gratuidade no sistema de transporte coletivo urbano.

Com a promulgação da Constituição Federal, ampliou-se o rol de direitos e deveres, dentre eles destaca-se o direito dos idosos a uma velhice livre e digna. O legislador também inseriu na Carta Magna no artigo 203, inciso V, garantias e proteção ao idoso dispondo que, A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

Como já citado, a Lei Maior pensou na proteção do idoso, buscando garantir meios de sobrevivência e independência, permitindo que o idoso possa ter uma vida satisfatória para o momento em que alcançar a terceira idade.

1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, prevista em seu artigo primeiro, inciso III. É também vetor de interpretação constitucional e tem caráter principiológico, como aduz Ingo Wolfgang Sarlet.

> É a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurarem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. (SARLET, 2001, p. 59-60).

O constitucionalista Alexandre de Moraes qualifica a dignidade da pessoa humana também como a possibilidade de autodeterminação, que é o poder de escolha pessoal, buscando a própria satisfação como um direito, conforme se vê.

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (...) Sem respeito à dignidade da pessoa humana não haverá Estado de Direito, desaparecendo a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia (MORAES, 2015, p. 41).

Nesse sentido, a Constituição garante ao idoso a sua dignidade humana, sendo o Estado responsável por assegurar a efetivação desse direito, acautelando sua dignidade e bem estar social.

A par disso, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é uma importante norma constitucional que reforça outros direitos fundamentais da pessoa idosa, a exemplo da vida, da liberdade, da autonomia, igualdade, entre outros.

1.2 Princípio da Igualdade

O legislador pautou o princípio da igualdade na Carta Magna em seu artigo 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos brasileiros, estabelecendo em seu preâmbulo:

> 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. (grifos da autora) (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade remete ao tratamento igualitário de todos os indivíduos, e essa igualdade consiste em tratar os iguais de forma igual e de forma desigual os desiguais, conforme preleciona Rui Barbosa:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem" (BARBOSA, 1997, p. 26).

Assim, garante-se formalmente a todas as pessoas, brasileiras e estrangeiras, o direito à igualdade. O Estado, por meio do judiciário, fará o balizamento nos casos concretos considerando todas as diferenças e características de cada sujeito observado e, assim, efetivará o princípio da igualdade materialmente.

Destarte, o Estado ao decidir dispor da imposição prevista no artigo 1641, II do Código Civil, a separação total de bens para nubentes acima de 70 anos, concebe essa distinção tratando a pessoa idosa de maneira diferente das demais pessoas, posicionando assim o idoso como incapaz de escolher o regime de bens que o casal decidir ser o mais adequado para ambos.

1.3 Princípio da Liberdade

A Constituição Federal configura em seu *caput* e no inciso II, o princípio da liberdade, assegurando a todo cidadão a inviolabilidade do direito à vida, além de garantir que ninguém é obrigado a praticar ou ainda deixar de praticar algum ato, se não for por virtude de lei expressa.

Segundo José Afonso Silva a liberdade humana, no seu conceito mais abrangente, pode ser definida como "um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade" (SILVA 2005, p. 233), o mesmo autor expõe ainda sobre a liberdade de ação, podendo o indivíduo decidir ou atuar em

conformidade com sua vontade, desde que não haja qualquer tipo de inconformidade com a lei.

> O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o princípio da legalidade, que, por ser uma garantia individual, merecerá consideração aprofundada mais adiante. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de liberdade de ação, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só poderá sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima. (SILVA, 2005, p. 236).

Garantindo aos cidadãos o direito a liberdade de escolha. Na esfera do direito de família, o direito de ir e vir, o direito de expressão, dentre outros.

No âmbito do direito de família tal princípio é largamente usado, especialmente na escolha da construção de uma unidade familiar, entre a escolha de uma união estável ou a realização do casamento, vedando a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, conforme o artigo 1512 do Código Civil brasileiro.

O cidadão tem livre escolha a respeito do planejamento familiar e é livre a decisão de escolha dos nubentes quanto a seu regime de casamento e admitindo ainda o artigo 1.639 § 2º do Código Civil à opção de “alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges”, sendo um descalabro que o idoso não possua a escolha do regime de bens pelo motivo de sua idade biológica.

2. CASAMENTO

No início da civilização e durante todo o período da Idade Média o casamento era realizado independente de qualquer conotação emotiva e afetiva, o casamento era regido por uma única finalidade, a de fundar uma família e gerar filhos para que detivessem mão de obra para os trabalhos manuais e braçais e dar continuação ao nome da família, não importando se entre os nubentes existia ou não afeto.

Ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial. (FARIAS/ROSENVALD, 2013, p. 40).

Em 1889, com a instituição da República no Brasil, tinha no enlace matrimonial, a única forma aceitável de convívio entre homem e mulher, mesmo para as pessoas não católicas, e o casamento civil só veio surgir no ano de 1891.

> Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. (VENOSA, 2010, p. 14).

Com a promulgação da Constituição de 1988 houve uma grande evolução do direito de família e, por conseguinte, surgiram novas formas de entidade familiar, como o reconhecimento da união estável.

> A Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando verdadeira revolução no Direito de Família, a partir de três eixos básicos”. Assim, o art. 226 afirma que “a entidade familiar é plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição”. (GONÇALVES, 2011, p. 33).

Analisando um pouco da história do casamento no Brasil, pode-se perceber que nas constituições o legislador vem buscando a proteção do laço matrimonial, adicionando a atual Constituição o dever do Estado de proteção à família como exposto no artigo 226 da Constituição Federal e seus incisos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
> § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

O legislador trouxe um grande amparo jurídico para a união entre pessoas com a finalidade de se construir uma família. O conceito de casamento vem sofrendo alterações ao longo de que a sociedade passa por evoluções, do mesmo modo que os direitos e as obrigações impostas a este instituto familiar.

2.1 Regimes do Casamento elencados no Código Civil de 2002.

Previsto no Código Civil vigente, confere jurisdição para que antes de celebrar o casamento, os noivos possam estipular, quanto a seu patrimônio, qual regime de bens que lhe interessar. Dando o Código Civil quatro opções para a escolha de cada casal, previsto no artigo 1639.

2.1.1 Regime de Comunhão Parcial de Bens

Mencionado no artigo 1.658 do Código Civil, preceituando que “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio”. Este regime é conhecido como o regime legal ou supletivo, visto que caso os nubentes não tenham realizado em cartório o pacto antenupcial ou se o fizerem, este tenha se tornado nulo, ineficaz ou ainda na falta de manifestação dos nubentes este será o regime adotado.

> O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art. 1.640, caput). Por essa razão, é chamado também de regime legal ou supletivo, como já mencionado. Caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns. (GONÇALVES, 2011, p. 328).

Sobre o regime de comunhão parcial de bens aduz Arnaldo Rizzardo:

> Através dele, realiza-se a distribuição do patrimônio de conformidade com o espírito e a finalidade própria do casamento: os bens amealhados na constância do casamento consideram-se comuns por serem o resultado ou o fruto da estreita colaboração que se formam entre marido e mulher (RIZZARDO, 2006, p. 632).

Considerando-se assim conforme o artigo 1.658 já citado, que os bens que se comunicam, são aqueles em que no rompimento do matrimônio passam a serem bens do casal. Como expõe o artigo 1.660 e seus parágrafos.

> Art. 1.660. Entram na comunhão:
> I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
> II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
> III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
> IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
> V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (BRASIL, 2002).

Elencando ainda o Código Civil no artigo 1.659 as possibilidades em que não há uma comunicação de bens, os quais no rompimento do laço matrimonial não entram na comunhão de bens do casal.

> Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:
> I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
> II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
> III - as obrigações anteriores ao casamento;
> IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
> V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
> VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
> VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. (BRASIL, 2002).

Percebendo a preocupação do legislador para que a comunhão de bens seja a de bens patrimoniais no qual os cônjuges adquiriram juntos, perante a duração do matrimônio.

Ressalta-se que, na grande maioria dos contratos antenupciais são feitos nesta modalidade de regime, em especial pelo valor econômico, sendo que os outros regimes de casamento elencados no Código Civil necessitam de prévio pacto antenupcial, que é realizado em cartório e possui um custo monetário.

2.1.2 Regime de Comunhão Total de Bens.

Neste tipo de regime, conforme artigo 1.667, é prevista a comunicação de todos os bens de ambos os cônjuges, os bens presentes e os bens futuros, salvo o que está expresso no artigo 1.668 do Código Civil, que diz:

> Art. 1.668. 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 antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
> V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 (BRASIL, 2002).

Este regime era o regime legal do Código Civil anterior, pois se acreditava que se o esposo e esposa estavam se unindo espiritualmente, tornando-se eles uma só carne, respectivamente seus patrimônios seriam unidos. Contudo essa idealização foi se perdendo ao longo do tempo elaborando assim o legislador as mudanças do dispositivo que o permitia.

De acordo com o autor Carlos Roberto Gonçalves, este regime é:

> Aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (GONÇALVES, 2011, p. 479).

Este regime será válido somente após a realização formal por meio de escritura pública do pacto antenupcial, feito em Cartório de Registro na comarca em que residem.

2.1.3 Regime de Separação Total de Bens

Previsto no capitulo VI, em seus artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil vigente, este regime traz a possibilidade de escolha dos nubentes de uma total divisão de seus bens, passados e futuros, onde cada um administra seus bens da maneira que assim sobrevier. Gonçalves disserta sobre esse regime 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 (GONÇALVES, 2013, p. 494).

Para este regime também é fundamental o pacto antenupcial para que a separação dos bens seja absoluta. Há de se dizer que o legislador impôs algumas previsões de casos em que esse regime de casamento é obrigatório, expresso no artigo 1.641 do Código Civil, e nestas condições não é necessário nenhum tipo de pacto antenupcial quanto aos bens dos nubentes.

Neste regime, cada um dos cônjuges responde por suas dívidas contraídas, as penhoras que recaia sobre bem do outro cônjuge serão nulas, pois nesse regime não há comunhão nenhuma de bens. O legislador trouxe de forma expressa no artigo 1.688 do Código Civil uma regulação, a qual os cônjuges “são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens” podendo ser definidas no pacto antenupcial a forma de administração da família e a participação de cada cônjuge no pagamento das despesas.

> Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal — que, a exemplo do que se verifica nos demais regimes, são custeadas por contribuições proporcionais de cada cônjuge (art. 1.688), o casamento celebrado nesse regime não produz efeitos patrimoniais. (COELHO, 2010, p. 196).

Trazendo o Código Civil hipóteses na qual se é possível uma comunicação de bens como expresso no artigo 1643, I e II “comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica, obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir”. O artigo 1.644 do Código Civil designa que, “As dívidas contraídas para estes fins obrigam solidariamente ambos os cônjuges”. O qual o legislador já deixou expresso em lei para que não fiquem somente destinadas a um dos cônjuges as despesas familiares, sendo saúde, educação, lazer, gastos com os filhos, dentre outros. Não havendo consenso do casal para com estes gastos em favor da família, determinará por arbitramento o juiz.

2.1.4 Participação Final dos Aquestos.

Este regime de casamento está expresso no artigo 1.672 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).

Regime inaugurado no Código Civil de 2002 tendo cada um dos cônjuges seu próprio patrimônio antes do casamento, tanto os constituídos antes, como depois do ato nupcial, sendo cada um responsável pela administração de seus negócios de forma independente, e somente em caso de dissolução do laço matrimonial é que serão ponderados os aquestos finais de divisão. Menciona sobre o tema o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

> Trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (GONÇALVES, 2013, p. 490).

Pela liberdade exercida pelos cônjuges na administração, no momento o qual cessa o laço matrimonial será contabilizado o montante do aquesto. Levando como base a data a qual terminou o convívio do casal, como forma de não lesionar um dos cônjuges, que até a dissolução não tinha participação na administração ou na propriedade de determinado bem.

Este regime sofre grande crítica, pois se entende que este se presta a burlar a divisão dos aquestos. Como aduz Venosa:

> É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto da nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos que quinze artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, a grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que este cônjuge poderá adredemente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, como subterfúgios ou não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal. Sabemos que a necessidade da outorga conjugal para a alienação de imóveis não obsta a condução de vontade, a supremacia da vontade de um dos cônjuges sobre o outro no recôndito do lar. Isto trará sem dúvida uma instabilidade não só ao consórcio, como também aos terceiros que contratam com o casal nesse regime. Levante-se até mesmo a necessidade, de lege ferenda, de um período suspeito para os atos de disposição de bens, que poderão ocorrer em fraudes contra terceiros e contra o próprio cônjuge, tal como existe na falência. Essas cautelas podem até mesmo ser colocadas na escritura do pacto, mas transformariam, sem dúvida, o casamento estritamente em um negócio patrimonial. Aliás, esse pacto, por si só, já denota um negócio patrimonial que suplanta o cunho afetivo que deve conter o casamento. O casamento passa a exigir uma contabilidade permanente, sob pena de ser impossível efetuar a comunhão de aquestos final (VENOSA, 2006, p. 342-343).

Sendo assim observado que há algumas desvantagens para os nubentes que optarem por este regime.

2.1.5 Restrição do inciso II, do artigo 1641, do Código Civil.

Como já citado, em alguns casos o legislador não dá a liberdade para a escolha do regime matrimonial a adotar, sendo obrigados a contrair matrimônio com o regime de separação de bens, como expõe o artigo 1.641 *caput* e seu inciso 2° do Código Civil.

> Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
> II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos (BRASIL, 2002). [1]

Esta imposição disposta na lei é considerada uma medida protetiva, mas se equivoca ao julgar a capacidade do idoso tirando o direito da escolha de regime de bens. Esta norma é considerada inconstitucional, por estabelecer esta imposição pelo simples fato da idade dos nubentes, concedendo a eles uma restrição à sua liberdade de escolha e ferindo princípios constitucionais previstos.

No entendimento de Maria Berenice Dias:

> A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência de interrogatório pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado quando se trata da capacidade da pessoa. (DIAS, 2011, p. 414).

Ferindo ainda o princípio da liberdade para que o idoso possa administrar seus bens da maneira que assim decidir, após uma vida inteira de trabalho. Dissertando sobre o assunto, Paulo Lôbo preleciona:

> A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o existencial, e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. (LÔBO, 2014, p. 295).

---

[1] É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) antes de referida lei a idade de regime obrigatório era de 60 (sessenta) anos.

Tal restrição ao idoso tem caráter protetivo, buscando impossibilitar a efetivação de matrimônio meramente por interesse econômico. Há de salientar que quando tal norma foi editada a expectativa de vida do brasileiro era menor, não havia um acesso tão vasto a informação e pessoas que alcançassem determinada idade eram consideradas “velhas”, tornando-se mais propensos ao casamento por interesse em seus patrimônios adquiridos no decorrer da vida, pois se estima que ao chegar a avançada idade a pessoa já possuía uma estabilidade financeira e bens adquiridos, advindos de uma vida laboral, atraindo pessoas interessadas em seu patrimônio econômico.

> Visa a lei prevenir situações de casamentos de pessoas com excessiva diferença de idade, quando a mais nova nada mais procura que servir-se do casamento para seguir vantagem econômica, ou seja, participar do patrimônio do cônjuge mais idoso. (RIZZARDO, 2004, p. 665).

Mostrando-se tal norma ineficaz na proteção do patrimônio do idoso e de seus herdeiros, pois se houvesse um interesse econômico optaria o cônjuge por transferir os bens por meio de doação e testamento para seu cônjuge, pois neste caso não há nenhum tipo de proibição quanto à idade para praticar tais atos. Vale salientar que o casamento por interesse financeiro pode acontecer em qualquer idade.

> Curiosa e sectária interdição, ao transformar o sexagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime de comunhão parcial, para dividir os aquestos, como produto da recíproca construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio e tampouco esteja impedido de promover doações, incluso para seu novo cônjuge (MADALENO, 2008, p. 552.).

O legislador ao manter essa imposição no novo Código Civil, fez um julgamento do idoso como uma pessoa dependente para a escolha do regime de casamento e acaba gerando certo tipo de preconceito, quando colocados em uma realidade que não é a mais conveniente e coerente, não considerando sua livre escolha com o respeito de um ordenamento jurídico justo. Contendo na norma infraconstitucional um desrespeito aos princípios constitucionais que regem nosso ordenamento jurídico.

2.2 Análise da Jurisprudência

Até o presente momento, não foi julgada a inconstitucionalidade ou constitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil. Porém, já existem alguns

julgados em tribunais sustentando a inconstitucionalidade, pois esta contraria a dignidade da pessoa humana, autonomia e capacidade do idoso, que ao completar 70 anos é considerado pela lei civil incapaz de escolher o seu próprio regime de casamento.

Veja-se pela decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo Relator Alexandre Marcondes

> EMENTA: Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de bens que, ao restringir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido. (TJ-SP - AI: 20945148120188260000 SP 2094514-81.2018.8.26.0000, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 25/06/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2019).

Provida pela 3ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, em que se firmou o entendimento de que a restrição imposta no artigo 1.641, II, do Código Civil brasileiro é inconstitucional, restringindo a autonomia da vontade dos nubentes.

Proferindo sobre o tema a Relatora Maria Berenice Dias, proferiu na Sétima Câmara Cível, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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

Sendo respaldado o cônjuge pela súmula 377 do STF e mesmo que o regime seja o da separação obrigatória, torna-se diante da súmula possível a divisão de bens que foram obtidos durante a vigência do matrimônio e adquiridos em comum esforço.

Havendo outras formas para a pessoa se predispor seu patrimônio, falhando o legislador em impor o regime na pretensão de proteção ao maior de 70 anos, como se observa na jurisprudência da Relatora Vanessa Verdolim Hudson Andrade:

> EMENTA: ANULAÇÃO DE DOAÇÃO - PRELIMINARES - REJEIÇÃO - CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA - CONJUGÊ SEXAGENÁRIO - VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA - PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material. (MINAS GERAIS, TJ. Ap.1.0491.04.911594-3/001 Rel. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 2005).

Ainda sobre doação, demonstra entendimento a Relatora Ministra Nancy Andrighi:

> DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO REALIZADA POR CÔNJUGE NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. DOADOR COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. VALIDADE. PRECEDENTE. 1. São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: "(i) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal". (REsp 471958/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe de 18/02/2009).

Demonstrando tais entendimentos dos relatores, sendo as doações realizadas na durabilidade do matrimônio por cônjuges que tiveram o regime obrigatório imposto pelo artigo 1.641, II do Código Civil de 1916 e o atual, não sendo impedidas as doações por pessoas acima de 70 anos, mesmo que o artigo referido não tenha sido revogado no atual Código Civil.

3 O idoso no Brasil

O cenário demográfico no Brasil tem passado por grandes transformações, essencialmente pelo aumento de expectativa de vida, a melhoria da qualidade de vida e menor taxa de natalidade.

Com uma expectativa de vida maior, a parcela populacional de idosos tem aumentado cada vez no país. Esse crescimento tem sido constante, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2017), a população Brasileira manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos e ganhou 4,8 milhões de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017.

Em 2012 a população com mais de 60 anos representava 25,4 milhões no país, com um crescimento populacional de 4,8 milhões de novos idosos em cinco anos, mostram um crescimento de 18% desse grupo etário, que tem se tornado cada vez mais representativo no país, sendo as mulheres maioria expressivas nesse grupo etário, com 16,9 milhões (correspondente a 56% dos idosos), enquanto os homens idosos correspondem a 13,3 milhões (que corresponde a 44% do grupo) (IBGE, 2017).

A terceira idade hoje está diferente, visto que o envelhecimento ocorre mais tarde, pelo avanço da medicina e a melhor qualidade de vida, buscando o idoso a prática de esportes, trabalhando após a aposentadoria, participando das escolhas do país, viajando e até se mantendo como provedores de toda a família.

Ficando cada vez mais remota a concepção de que ao se alcançar a septuagésima idade a pessoa se tornará inválida e improdutiva, demonstrando que a terceira idade vem mudando ao longo dos anos, se tornando cada vez mais ativa e proveitosa.

3.1 Estatuto do Idoso

Sancionada em 1° de Outubro de 2003 pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva a Lei nº 10.741, que veio a entrar em vigor no dia 1° de janeiro de 2004, se destinou a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, apreciando aos idosos direitos essências a todo o ser humano como o direito à vida, alimentação, saúde, cultura, educação, respeito a sua convivência familiar e na comunidade, cidadania e,

portanto, mais completa do que na época a vigente Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso).

A par da história do idoso no Brasil, esta lei foi muito buscada pelos próprios idosos, que exigiam uma necessária proteção de seus direitos, sendo a referida norma um remédio a esta faixa etária.

Ressalta Martinez, sobre estes direitos inerentes às pessoas idosas no Brasil, que deveriam ser respeitados mesmo que não houvesse uma lei disciplinadora para quem as descumprisse.

> Com a Lei 10741/03 (Estatuto do Idoso) culminou-se o processo legislativo mediante o qual o Governo Federal tentou celebrar a relevância individual e social das pessoas com mais idade. Exercitou a obviedade, mas a medida se impunha diante da impossibilidade de muitos idosos, sozinhos alquebrandos por doenças ou hipossuficientes, às vezes abandonados pelos parentes, por esforço próprio enfrentarem as afrontas cometidas pelos adultos, e pior ainda, até mesmo serem alvos dos mais jovens, que deveriam respeitá-los, pelo simples fato de que, sem eles, não teriam existido. (MARTINEZ, 2005, p.13).

No artigo 10 da lei dispõe que: é o Estado e toda a sociedade responsável por garantir a pessoa idosa o cumprimento de sua dignidade humana e de sua liberdade, traz o artigo em seu paragrafo segundo, o direito ao respeito que se baseia na “inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.”.

Vindo corroborar o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, do envelhecimento com dignidade como aduz o artigo 8° e 9°.

> Art. 8° O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.
> Art. 9° É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (BRASIL, 1988).

Buscando esses dispositivos legais as garantias para o individuo idoso, abalizado pelo estatuto a pessoa maior de 60 anos de idade, garantindo todos os direitos que são assegurados aos demais, sem nenhum tipo de distinção em face da idade, não sendo visto como um motivo de exclusão de direitos o simples motivo de envelhecer.

Acerca do regime de separação obrigatória de bens, imposto aos idosos e previsto no Código Civil em face ao Estatuto do Idoso, expõe o autor:

> Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação. É, enfim, um verdadeiro ultraje

> gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que se acostumou a valorizar a pessoa, e não seu patrimônio. O ser e não o ter! (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 311).

No tocante do regime de separação obrigatória de bens, imposto aos idosos no Código Civil de 2002, o mesmo autor afirma que:

> Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação. É, enfim, um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que se acostumou a valorizar a pessoa, e não seu patrimônio. O ser e não o ter! (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 311).

Observando os dispositivos já citados se analisa que várias garantias foram conferidas aos idosos, no âmbito da lei vários princípios foram englobados, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, e ao impor ao idoso o regime obrigatório de separação de bens, o legislador esta ferindo o direito moral do idoso e sua dignidade.

3.2 Da inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatória ao maior de 70 anos de idade imposta pelo artigo 1641, II do Código Civil.

O regime de separação de bens imposto ao maior de 70 anos prevista no Código Civil de 1916, no artigo 258, parágrafo único, tem o princípio constitucional da autonomia da vontade ferido.

Com a adoção do Código Civil de 2002 o artigo 1639 trouxe expressamente que: “É licito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. E logo a diante no mesmo código, expresso no artigo 1641, inciso II, traz uma imposição à escolha do regime de bens a pessoa septuagenária, evidenciando o quanto o legislador foi contraditório em editar tal norma, não contemplando a Constituição Federal do Brasil, seus Princípios Constitucionais e nem o Estatuto do Idoso, elencando esta imposição, considerando somente o caráter protetivo das finanças do maior de 70 anos e de seus herdeiros.

Acerca do assunto Carlos Roberto Gonçalves diz que:

> A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher o limite era 50 anos. O diploma de

> 2002 estabelece a mesma idade para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional. Basta que apenas um dos cônjuges supere essa idade, ainda que o outro ainda não a tenha atingido na data da celebração do casamento (GONÇALVES, 2007 pág. 417).

Não levando em consideração o legislador o desejo das pessoas de uma união matrimonial em busca de afeto. Com o aumento da expectativa de vida no Brasil é comum à busca por uma comunhão de vida após os 70 anos de idade, demonstrando o quanto a norma é equivoca ao impor o regime de bens, afrontando a Código Maior, num momento onde a cada ano a expectativa de vida aumenta a pessoa septuagenária não tem o pleno direito de escolher qual regime de casamento adotar.

> Trata-se de mera tentativa de limitar 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 se casar é impor sanções patrimoniais (DIAS, 2007, p. 229).

Destarte que, considerando o legislador que a separação obrigatória prevista ao maior de 70 anos fosse para assegurar seu patrimônio e de seus herdeiros, evitando que pessoas buscassem auferir vantagem econômica com o matrimônio, esta norma teria de ser estendido a todos os cidadãos, pois não é somente o septuagenário que pode ser vitima de tal hipótese.

> Não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir (DINIZ, 2005, p. 190).

Atualmente no entendimento da jurisprudência, o regime de separação de bens é obrigatório na união estável entre pessoas septuagenárias, porém o Superior Tribunal de Justiça entende que tal regra é injusta, admitindo uma possibilidade de divisão entre os cônjuges.

Previsto na súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, trazendo a possibilidade de divisão dos bens adquiridos de forma onerosa na constância da união, sendo presumido o esforço comum para adquirir os bens, o que constitui a mesma aplicação do regime da comunhão parcial.

Apesar de tal imposição, julgados que trata da proibição de escolha do regime de casamento da pessoa septuagenária, demonstra que pode haver uma fraude á restrição, pois conforme julgados recentes no Superior Tribunal de Justiça, são

autenticas as doações efetuadas de um cônjuge para o outro, mesmo tendo mais de 70 anos, este pode praticar as doações de sua parte a disposição em seu montante em até de 50% de seus próprios patrimônios, pois estas doações são indiscutíveis na permanência do casamento pelos cônjuges, não trazendo o Código Civil nenhuma imposição quanto às doações.

Como já exposto, o legislador ao fazer tal imposição buscou a proteção patrimonial do maior de 70 anos e de seus herdeiros, os resguardando de um suposto casamento por interesse de pessoas oportunistas, pelo fato do septuagenário possuir em tese uma estabilidade financeira, oriundos de uma vida inteira de labor, não considerando o legislador, que tal norma tem caráter discriminatório, ferindo os princípios constitucionais e o estatuto do idoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo o questionamento da possível inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil Brasileiro, que torna obrigatória a escolha do regime de separação de bens aos nubentes maiores de 70 anos. Tratando a Constituição Federal e seus princípios.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5° que: “É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”. Tornando os idosos desiguais, mesmo sendo protegidos constitucionalmente, mas sendo tratado de maneira preconceituosa pelo Código Civil sendo demostrado ainda os princípios constitucionais, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade e o princípio da liberdade.

Desta forma, a pessoa que chega a terceira idade que tenha o desejo de se relacionar com alguém e constituir laço matrimonial buscando carinho e amor um no outro não tem o direito de escolher qual o regime de casamento celebrar, não se importando com seus bens materiais ou os bens do outro nubente, buscando estes somente o direito de constituir uma família após alcançar a terceira idade.

Sendo o Idoso um cidadão comum, e garantindo a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso os direitos e deveres de qualquer cidadão brasileiro comum. A

idade acima de 70 anos não é pressuposto cabível para tal imposição, transgredindo o legislador, direitos, como o direito da escolha do regime de bens do matrimonio. Sendo o motivo do legislador a proteção econômica ao idoso, para garantir que não se aproxime dos idosos, pessoas oportunistas em busca de proteção econômica e patrimonial do cônjuge septuagenário.

Por todo exposto, vários doutrinadores consideram a imposição do regime obrigatório para o idoso inconstitucional, ferindo a constituição Federal e ainda o Estatuto do Idoso. Demonstrando que o perfil do Idoso no país vem mudando, se tornando cada vez mais ativos, tendo a cada ano aumentado a taxa de idosos e aumentando a expectativa de vida, demonstrando possuir apta capacidade para a escolha de um regime acerca de seus bens patrimoniais perante o desejo de se unir com outra pessoa através do laço matrimonial.

Demonstrando jurisprudências referentes ao tema e demonstrando o entendimento dos relatores sobre o assunto e a possível inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

MARTINEZ, Wladimir Novaes **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 2. Ed.São Paulo:Editora Ltr, 2005).

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa,. 5. Ed. 1997.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: Acesso em: 30 de Setembro de 2019

BRASIL. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: Acesso em: 15 ago. 2014 BRASIL, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 12 out. 2014

BRASIL. Presidência da Assembleia Nacional constituinte. Discurso Deputado Ulysses Guimarães, em 5 de Outubro de 1988, por ocasião da Promulgação da Constituição Federal. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf. Acesso em: 18 de Set.2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: Acesso em: 30 de Setembro de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil : Direito de Família e Sucessões**, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4 ed. 3tit. São Paulo, RT, 2007.

DIAS,MariaBerenice.Disponívelem:http://www.mariaberenice.com.br/jurisprudencia.php?subcat=1121. Acesso em: 08 de Outubro de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. 6v

GONÇALVES, Carlos Robert. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família – 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

IBGE, Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017 Acesso em 10 de Outubro de 2019

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**.13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em https://jornalistaslivres.org/wp-content/uploads/2017/02/DIREITO_CONSTITUCIONAL-1.pdf acesso em 30 se Setembro de 2019.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Familia: Lei n°10.406, de 10.01.2002**. 4.ed – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002-** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=491&ano=4&txt_processo=911594&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=CONJUG%CA%. Acesso em 08 de Outubro de 2019.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729290476/agravo-de-instrumento-ai-20945148120188260000-sp-2094514-8120188260000/inteiro-teor-729290542?ref=juris-tabs Acesso em 08 de Outubro de 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil-Direito de família** 10 ª ed. São Paulo:Atlas, 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil-Direito de Família**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.