

**UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UniRV) - CAMPUS CAIAPÔNIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**WILBER SOUZA SILVA**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE  
BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS**

**CAIAPÔNIA, GOIÁS**

**2021**

**WILBER SOUZA SILVA**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE  
BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do  
Curso de Direito da Universidade de Rio Verde –  
Campus Caiapônia como exigência parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Yan Keve Ferreira Silva

**CAIAPÔNIA, GOIÁS**

**2021**

Universidade de Rio Verde  
Biblioteca Luiza Carlinda de Oliveira  
Bibliotecário: Juatan Tiago da Silva – CRB 1/3158  
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - (CIP)

S578i Silva, Wilber Souza

(In) Constitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório para maiores de 70 anos. / Wilber Souza Silva. — 2021.  
46f.

Orientador: Prof. Esp. Yan Keve Ferreira Silva.

Monografia (Graduação) — Universidade de Rio Verde - UniRV,  
Faculdade de Direito, 2021.

1. Direito de Família. 2. Regime de bens. 3. Inconstitucionalidade. I. Silva,  
Yan Keve Ferreira.

CDD: 346.81016

**WILBER SOUZA SILVA**

**(IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS  
OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia (UniRV) como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Caiapônia, GO..... de..... 2021.

**BANCA EXAMINADORA**

.....  
Prof. Esp. Yan Keve Ferreira Silva (orientador)  
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

.....  
Prof. Esp. Dayana do Carmo Faria (membro 1)  
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

.....  
Prof. Esp. Thiago Almeida Barros (membro 2)  
Universidade de Rio Verde (UniRV) Campus Caiapônia

Dedico este trabalho à minha família, principalmente aos meus pais: Cleiber e Edivânia, os quais sempre me apoiaram e se empenharam para que eu chegasse ao fim dessa jornada. Dedico também ao meu irmão Wiarley (in memoriam), por tudo aquilo que me ensinou.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me guiar, me dar forças, guardar os meus passos e por me conceder pessoas tão maravilhosas durante minha jornada como acadêmico de direito.

Agradeço também ao meu pai e à minha mãe, a saber: Cleiber e Edivânia, os quais amo infinitamente e eternamente, companheiros dos bons dias de pescaria e dos péssimos dias de ansiedade. Sim, amigos, se tem uma coisa que está ficando na faculdade, além do Wilber adolescente e inocente de 2017, são muitos fios de cabelo, muito estresse e preocupação, mas graças à bondade de Deus e ao companheirismo e apoio dos meus pais, aqui chegamos nós.

Sou infinitamente grato ao meu Deus pelos meus irmãos: Alvino e Weverton Adriano, os quais sempre estiveram por perto para apoiar e motivar. E, também sou muito grato por ter convivido com meu irmão Wiarley, pessoa de poucas palavras, de semblante fechado, mas de um coração aberto e cheio de amor pela família. Ele partiu para o outro plano da existência no meu primeiro ano de faculdade, mas me deixou diversos exemplos de como a honestidade deve estar à frente do interesse pessoal e de como a nossa ambição não pode agir em detrimento do próximo.

Mas, chega de clima triste, além de todo o conhecimento adquirido, a faculdade me proporcionou uma das maiores alegrias de minha vida, que foi conhecer uma grande amiga que se tornou minha companheira para vida Juliana, que foi e é parte fundamental dessa trajetória. Nos dias difíceis em que parecia que nada ia dar certo, ela com seu jeito doce, me falava: “toma vergonha na cara e faz isso logo, deixa de bobeira” e, por incrível que pareça, sempre funcionou muito bem, aqui estamos nós, no fim deste curso.

Eu não poderia deixar de citar aqui meus amigos: Alexandre, Luiz, José Ricardo e Heitor, pessoas das quais tenho orgulho de poder chamar de meus amigos. Bem como meus professores, amigos e colegas de trabalho: Gleibson, Jamar, Eliana, Jamar Junior, Edna e Hoorges, os quais abriram as portas de estágio para mim, me proporcionando o bem mais precioso e necessário em uma profissão, a prática, além de me proporcionar, é claro, diversas alegrias no dia a dia de trabalho. E ao meu orientador, professor e amigo Yan Keve, pela paciência e dedicação ao me orientar e ensinar. Deus abençoe a todos.

*“Tenho-vos dito estas coisas, para que em mim  
tenhais paz. No mundo tereis aflições; mas  
tende bom ânimo, eu venci o mundo.”*

Bíblia Sagrada

## RESUMO

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, determina que, em caso de casamento em que um dos nubentes ou ambos se encontrem com idade superior a 70 anos, aplica-se o regime da separação obrigatória de bens. O presente trabalho tem a finalidade de analisar se o referido dispositivo legal é coerente com o texto Constitucional, haja vista a discussão existente na doutrina envolvendo a norma discutida e os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, bem como princípios do direito de família como a livre escolha, variedade e mutabilidade de regimes. Também há grande discussão sobre as questões da capacidade civil, uma vez que a norma gera uma forma de incapacitação forçada por conta da idade. Para o estudo, foi feito levantamento histórico dos direitos dos idosos, trazendo-se compreensões acerca do Estatuto do Idoso, bem como se trouxe definições abrangentes dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família e aos regimes de bens, adentrando-se ao ponto específico que trata da Inconstitucionalidade do Regime da Separação Obrigatória de Bens para os maiores de 70 (setenta) anos. Para isso, será utilizado método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, buscando-se a análise de jurisprudências, artigos-científicos, doutrinas e outros.

Palavras-chave: Direito de Família. Regime de bens. Idosos. Inconstitucionalidade. Dignidade da pessoa humana.

## ABSTRACT

Article 1,641, item II of the Civil Code of 2002, determines that, in the case of a marriage in which one of the spouses or both are over the age of 70, the regime of mandatory separation of assets applies. The present work has the purpose of analyzing if the referred legal device is coherent with the Constitutional text, considering the existing discussion in the doctrine involving the discussed norm and the constitutional principles of the dignity of the human person, equality and freedom, as well as principles of family law as the free choice, variety and changing regimes. There is also a great deal of discussion on issues of civilian capacity, since the rule generates a form of forced disability due to age. For the study, a historical survey of the rights of the elderly was made, bringing understandings about the Statute of the Elderly, as well as bringing comprehensive definitions of the constitutional principles applicable to family law and patrimony regimes, going into the specific point that deals with the Unconstitutionality of the Mandatory Separation of Patrimony Regime for those over 70 (seventy) years. For this, a deductive method and bibliographic research will be used, seeking to analyze jurisprudence, scientific articles, doctrines and others.

Keywords: Right Family. Patrimony regime. Seniors. Unconstitutionality. Dignity of human person.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 DO CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL.....</b>	<b>13</b>
1.1 DOS DIREITOS DOS IDOSOS.....	13
1.1.1 Do Estatuto do Idoso.....	14
1.2 DA CAPACIDADE PARA CONTRATAR E O CASAMENTO.....	16
1.2.1 Autonomia da vontade para realização do casamento e escolha do regime de bens.....	18
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA....</b>	<b>20</b>
2.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
2.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	21
2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE .....	23
<b>3 DO REGIME DE BENS NO BRASIL.....</b>	<b>25</b>
3.1 DA MUTABILIDADE MOTIVADA.....	25
3.2 DA VARIEDADE DOS REGIMES DE BENS.....	26
3.3 DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS.....	29
<b>4 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS.....</b>	<b>31</b>
4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CAPACIDADE DO MAIOR DE 70 ANOS.....	31
4.2 VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO .....	33
4.3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE 70 ANOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA.....	34
4.3.1 União estável entre pessoas maiores de 70 anos.....	36
<b>5 OBJETIVOS.....</b>	<b>38</b>
5.1 OBJETIVO GERAL.....	38
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	38
<b>6 METODOLOGIA.....</b>	<b>39</b>
<b>7 RESULTADOS E DISCUSSÃO.....</b>	<b>40</b>
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>43</b>

**REFERÊNCIAS.....44**

## INTRODUÇÃO

Muito se tem tratado acerca da imposição do regime de bens obrigatório para o casamento, quando este é celebrado em determinadas situações. No entanto, a polêmica correspondente a este assunto é instaurada quando se trata do regime de separação de bens obrigatório para os maiores de 70 (setenta) anos, que segue no sentido de proteger o patrimônio dos cônjuges, mas, por outro lado, acaba por limitar a capacidade civil das pessoas que ultrapassam esta idade. Desta forma, delimitou-se o seguinte tema: a Inconstitucionalidade do regime de separação de bens obrigatórios para maiores de 70 (setenta) anos.

Diante da temática ora apresentada, indagamos: afinal, há concordância entre a redação atual do Código Civil (CC/02) e o texto constitucional, no ponto em que é determinada uma idade específica em que pessoas, puramente pela faixa etária em que se encontram, não mais têm a capacidade de gerir o próprio patrimônio e escolher o regime de bens de seu casamento?

Mediante à problemática ora exposta, elaborou-se as seguintes hipóteses: I) Possivelmente ocorre violação a um ou mais princípios constitucionais e, ainda, a direitos fundamentais que a Lei maior garante a cada indivíduo, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade; II) Poderia haver contradição no que diz respeito à capacidade civil estabelecida pelo CC/02, vez que estar-se-ia privando essas pessoas, plenamente capazes, da liberdade de exercer um dos atos da vida civil; III) Há provável violação ao estatuto do idoso, que estabelece viés de tratamento igual e digno, bem como prima pela preservação da moral para as pessoas que se encontram nessa faixa etária; IV) É possível que haja uma clara incoerência no artigo, visto que é lícito às pessoas maiores de 70 celebrar contratos, e fazer todo tipo de negócios (como pessoas de quaisquer outras idades) utilizando, obviamente, do próprio patrimônio, assim, não existiria razão para impedir a escolha do regime de bens;

É possível afirmar que uma das justificativas primordiais é a proteção à dignidade da pessoa humana. Do princípio constitucional citado, extrai-se ainda, outros dois princípios constitucionais, que são os da liberdade e da igualdade, cujos quais devem ser respeitados independentemente da faixa etária em que determinada pessoa se encontre. Outro ponto importante é a necessidade de se garantir a efetividade da autonomia da vontade, que caminha no mesmo sentido do princípio da liberdade e, neste caso em específico, tratará da autonomia que deve ser concedida à pessoa idosa sobre seu patrimônio, dando-a a liberdade de administrar da forma que bem entender.

Neste sentido, o presente estudo busca tratar acerca de questões que podem ser relevantes ao próprio sistema judiciário, em que existem várias demandas visando a desobrigação do regime de separação de bens por idade, que não mais serão ajuizadas caso seja reconhecida a inconstitucionalidade do referido artigo.

É também imprescindível observar certas controvérsias, principalmente por conta de que os maiores de 70 (setenta) anos, ao alcançarem esta idade, não perdem a capacidade de realizar negócios, sejam eles de qualquer natureza, e celebrar contratos, independentemente de valores pecuniários, no entanto, quando se trata do regime de bens, esta classe de pessoas não tem direito de escolha.

Por conseguinte, o projeto ora desempenhado tem o escopo de trazer informação à sociedade em geral e busca-se, ainda, fazer com que este se torne uma fonte relevante de conhecimento para o âmbito acadêmico, já que se trata de um tema bastante polêmico dentro do Direito de Família.

Finalmente, ressalta-se que o tema é extremamente atual e importante para todos, visto que as condições atuais permitem uma maior expectativa de vida e muitos alcançarão esta idade, podendo passar pelos transtornos oriundos desta imposição de regime, bem como para a população idosa, que enfrenta diversos problemas de ordem moral e social cotidianamente e ainda, por obrigatoriedade do sistema, acaba por sujeitar-se à regras injustas, que atentam diretamente contra direitos tão basilares como dignidade, liberdade e igualdade.

# **1 DO CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DOS IDOSOS NO BRASIL**

O idoso não gozava de direitos, de forma tão clara, antes da Constituição Federal de 1988, visto que, as constituições anteriores (1937, 1947 e 1969) não davam muita relevância para o tema e, ao invés de tratar o idoso com a importância devida, somente faziam breve menção a tal, apenas lhe garantindo o direito à aposentadoria conforme a idade era alcançada.

Destarte, evidentemente, a pessoa idosa encontrava-se em posição demasiadamente desfavorecida, desprovida de direitos e garantias que, conforme se vislumbra através dos moldes atuais, são impreteríveis à vida, tanto no que se refere à saúde, como no que diz respeito a aspectos mais subjetivos como bem estar e dignidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram, de forma mais expressiva, os direitos dos idosos como uma forma de reduzir ou, até mesmo, compensar essa desvalorização da pessoa idosa, fruto do sistema socioeconômico, ou capitalista por assim dizer, haja vista à compreensão de que a pessoa que produz para a sociedade e para o Estado agrega valor a si, enquanto que o indivíduo que não produz nada, é julgado como nada, devendo ser excluído, por assim dizer, da vida social, o que gera danos irreparáveis para a classe como um todo. (ALONSO, 2005, S.P)

## **1.1 DOS DIREITOS DOS IDOSOS**

A Constituição Federal de 1988 é tida como importantíssimo marco histórico, no que diz respeito aos direitos da pessoa idosa, vez que albergou em sua gama de direitos fundamentais, várias normas e princípios, com o escopo de garantir saúde, segurança, igualdade, liberdade e uma vida digna para todo e qualquer indivíduo que resida em território brasileiro, inclusive ao idoso.

Para os autores que dissertam acerca desta temática, a dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a ideia de que os idosos necessitam de direitos que os venham proteger e garantir respeito, independentemente da idade em que se encontram. Ao tratar do tema, Dias (2016, p. 83), compreende que “Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar

sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230).”.

E, nas palavras de Maristela Nascimento Indalencio (2007, p. 50):

Os princípios da Cidadania e da dignidade da pessoa humana, portanto, são expressamente incorporados no texto constitucional brasileiro, traduzindo a aceitação, no plano político interno, das diretrizes relativas aos direitos humanos reconhecidas a nível universal (ao menos formalmente). Decorre daí toda uma demanda de prestações positivas pelo Estado, dentro das quais, por evidente, insere-se a proteção da dignidade do idoso, em seus mais diversos aspectos (social, político, jurídico etc).

Além da Constituição de 1988, editou-se também a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, que pode ser tida como a maior evolução no âmbito dos direitos da pessoa idosa. Lei que por si só, demonstrou enorme preocupação do Estado ante ao idoso, vez que esta tem a finalidade única e exclusiva de trazer clareza acerca dos direitos da pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos, bem como dar maior abrangência aos deveres do Estado, da Família e da sociedade para com o idoso, garantindo que tais sejam aplicados e devidamente cumpridos.

### 1.1.1 Do Estatuto Do Idoso

A velhice, em outras culturas, é considerada como um sinal de maturidade, serenidade e sabedoria, o que, conforme mencionado acima, não é uma realidade na sociedade contemporânea que atende a um viés capitalista e consumista, valorizando muito mais o que o indivíduo produz. Assim, levando-se em conta este contexto socioeconômico, a pessoa que se encontra em idade já avançada tende a sofrer preconceito por parte da sociedade que o enxerga como hipossuficiente, não cabendo nessa engrenagem mercantil do sistema capitalista. (INDALENCIO, 2007)

Sobre as motivações para a criação do estatuto do idoso, ALCÂNTARA (2016, p.364) leciona que:

A ideia do Estatuto nasce, de certa forma, da crítica em relação à falta de efetividade e não-realização de inúmeras medidas de proteção e ações previstas na Lei que instituiu a Política Nacional do Idoso, Lei 8842/94. A proposta de uma lei que trouxesse uma proteção específica ao grupo de pessoas idosas (grupo social vulnerável) também foi formada a partir da experiência social do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte, conforme destaca Indalencio (2007), a Constituição Federal de 1988, apesar de trazer normas a fim de prover a proteção dos vulneráveis e hipossuficientes, por si só não tem o potencial necessário para garantir a efetividade desses direitos de forma mais concreta, necessitando então da legislação infraconstitucional para abranger mais direitos e cumpri-los de forma efetiva.

Exemplo disso é a própria redação dos artigos 2º e 3º da lei ora estudados, cujos quais dão ênfase a direitos já garantidos a todo indivíduo pela Constituição Federal, porém, com maior abrangência e com aspecto de maior proteção por parte da sociedade e do Estado para com o idoso, *in verbis*:

Art. 2º 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. Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003)

Por conseguinte, no artigo 9º do Estatuto, o legislador atribui ao Estado e à sociedade a responsabilidade de garantir ao idoso o direito à vida, à saúde, bem como a efetivação de políticas sociais públicas para o seu envelhecimento saudável e em condições de dignidade. E, mais adiante, o artigo 10º da mesma legislação, estabelece o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, *in verbis*:

Art. 10. 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.** § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões; V – participação na vida familiar e comunitária; VI – participação na vida política, na forma da lei; VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação. § 2º **O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.** (grifo nosso)

Conforme demonstrado, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) tornou-se um marco histórico não só pelo seu viés de combate ao preconceito, à exclusão, aos abusos e às desigualdades, mas também por garantir ao idoso a sua liberdade, a sua autonomia e,

principalmente, o respeito e a dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis, garantindo também ao idoso a liberdade de administrar o seu patrimônio.

## 1.2 DA CAPACIDADE PARA CONTRATAR E O CASAMENTO

O Código Civil brasileiro de 2002 traz em seu artigo 3º dispõe acerca da capacidade civil, delimitando quem são os absolutamente incapazes (menores de 16 anos). De modo semelhante, o artigo 4º do mesmo código estabelece que:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

Veja-se ainda, a redação do artigo 5º do mesmo diploma legal:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Essa disposição nada mais é senão a demonstração do que seja a aquisição de direitos e deveres, a capacidade para exercer de forma plena todos os atos da vida civil em próprio nome, ou seja, a pessoa que atinge os 18 (dezoito) anos de idade tem plena capacidade de realizar negócios jurídicos, isto é, contratar. Note-se ainda, que os artigos citados não listam um momento em que esta capacidade cessa, mas sim, o momento em que esta se inicia.

Além disso, há de se recordar, que a velhice ou terceira idade, não pode ser vista ou tratada como uma doença, e ainda se fosse doença o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, disciplinado pela Lei 13.146/2015, deixou claro quando uma pessoa deve ser considerada deficiente ao dizer que:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. § 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

Nestes termos, é de fácil percepção que ainda que o idoso pudesse ser acusado como incapaz, por estar improdutivo, como já dito, ele mesmo assim deve ter os seus direitos preservados, inclusive direitos à igualdade de oportunidades. Além disso, se pode observar no artigo 6º do próprio estatuto, que fica claro que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável”.

Deste modo, se uma pessoa com deficiência, que segundo o artigo 2º é aquela que tem impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não tem nenhum impedimento para casar-se, seria prudente ou, até mesmo, justo um idoso ter o impedimento de escolher o seu próprio regime de bens?

Superados os embates referentes à capacidade, passa-se a tratar do casamento civil e sua natureza jurídica que, para algumas correntes doutrinárias se trata de *ato jurídico stricto sensu*, sendo considerado como um contrato, no entanto, não é uma espécie de “negócio jurídico”, isto porque, sob o entendimento de Rodrigues e Teixeira (2010), “manifestada a vontade, são atraídos certos efeitos e deveres jurídicos predefinidos no ordenamento a que é necessário se submeter”.

Entretanto, não obstante o entendimento supramencionado, é imperioso afirmar que a natureza jurídica do casamento civil é de contrato, como gênero de negócio jurídico bilateral. Não se trata de um contrato empresarial, mas sim de uma espécie de contrato especial do direito de família. Nas palavras de Macedo (2014. S.P):

O argumento é simples. Nasce da vontade de duas partes, com objeto lícito e forma prescrita em lei. O fato de ter seus efeitos previstos e guiados por lei – como entendem aqueles grandes autores que os classifica como atos em sentido estrito – não desfigura o acordo de vontades entre duas partes para um fim de direito (conceito clássico de contrato).

No mesmo diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 43) ponderam:

Sem menoscabarmos o quilate intelectual desses autores, não concordamos com essa corrente de pensamento e os seus argumentos expendidos, por termos firme a ideia de que *o casamento é um contrato especial de Direito de Família*. Claro está que, ao afirmarmos a sua natureza contratual, não estamos, com isso, equiparando o casamento às demais formas negociais, como a *compra e venda, a locação, o “leasing” ou a alienação fiduciária*. [...] Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial no *consentimento*, sem se olvidar, por óbvio, o seu especial regramento e conse-quentes peculiaridades.

Destarte, é de se concluir que, conforme o entendimento dos autores supracitados, o casamento civil tem natureza jurídica contratual, sendo uma forma especial de contrato no âmbito do Direito de Família. Seguindo essa linha, não faz sentido algum a limitação de escolha de regime matrimonial com base na idade dos cônjuges, uma vez que a lei não impõe qualquer impedimento ao idoso que esteja celebrando um contrato.

### 1.2.1 Autonomia da vontade para realização do casamento e escolha do regime de bens

Em breve conceito, a autonomia da vontade nada mais é do que um princípio do ordenamento jurídico brasileiro através do qual é concedida autonomia e liberdade para o indivíduo contratar e dispor acerca do conteúdo do contrato, ou seja, os contratantes têm o direito de convencionar sobre as cláusulas e os pormenores do contrato. Para Azevedo (2019, p. 21):

A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É a vontade, que, ao manifestar-se, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica, no meio social. A vontade, assim, é autônoma ao exteriorizar-se, reafirmando a liberdade do homem na programação de seus interesses.

Compreendendo que o casamento civil trata-se de um pacto contratual, por óbvio, também será regido pela autonomia da vontade, respeitando-se a liberdade das partes (nesse caso, os cônjuges) convencionarem acerca de seus interesses patrimoniais e dos demais pormenores do contrato. Segundo leciona Garcia (2018. S.P):

A teoria contratualista entende a união em casamento, como um negócio jurídico de direito de família, de natureza contratual, ou seja, tem a forma escrita em lei, com um rito solene de celebração, em que os nubentes declaram a vontade em adotar um determinado regime de bens, **aqui prevalece a autonomia da vontade, sendo assim a declaração dos nubentes constituem o casamento** e o juiz apenas tem a função homologatória do ato. (grifo nosso)

Logo, é forçoso reconhecer que o princípio da autonomia da vontade deve reger o rito solene da celebração do casamento civil. Não se olvide a redação do artigo 1.514 do Código Civil de 2002 que estabelece que “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”.

Assim, entende-se que a função do juiz na celebração do casamento civil é apenas a homologação da vontade das partes/nubentes, o que também se aplica à escolha do regime de bens, cuja qual deve se motivar e depender, tão somente, da livre escolha dos nubentes, independentemente da idade em que se encontram.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA**

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram adotados diversos princípios fundamentais, tais quais têm como finalidade garantir a todo e qualquer cidadão brasileiro uma vida com dignidade, liberdade e igualdade. A nova Constituição, trouxe em seu bojo de artigos, diversas normas voltadas à proteção da família, nesta oportunidade, abarcou a criança, o adolescente, o jovem, o adulto e o idoso, sendo que é dever da família, da sociedade e do Estado, amparar-lhes.

Para Madaleno (2020, p. 122):

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional [...]

Assim, observa-se que a Constituição Federal de 1988 tem papel fundamental no âmbito do direito de família, no que diz respeito aos seus moldes atuais, principalmente através dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB/1988), o qual se destina a proteger todos os cidadãos independentemente de qualquer fator físico ou etário, da igualdade (art. 5º, CRFB/1988), que se dá através da garantia de tratamento isonômico aos residentes no país, sem distinção de qualquer natureza, e o princípio da liberdade (art. 5º, CRFB/1988), segundo o qual todo cidadão deve ser livre para fazer suas escolhas, tanto de ordem social e cultural, quanto de ordem patrimonial. (BRASIL, 1988)

Destarte, vislumbra-se ser impossível debater acerca do direito de família e suas características primordiais, sem que haja primeiro uma contextualização entre este e o direito constitucional, bem como dos princípios constitucionais fundamentais supracitados, os quais são extremamente relevantes, bem como aplicáveis a esta área tão nobre do direito, sendo de suma importância apresentar a conceituação e aspectos principais e, ainda, demonstrar a sua aplicabilidade.

## 2.1 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos, senão o mais importante princípio constitucional, instituído no ordenamento jurídico brasileiro pela nossa Lei maior. Este preceito constitucional abarca em seu bojo várias normas que buscam garantir a toda e qualquer pessoa, direitos e proteções correlacionados à vida pessoal, social, cultural e patrimonial.

Acerca do conceito, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 95), compreendem a dignidade da pessoa humana como sendo:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemos-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito **à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.** (grifo nosso)

Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 73), ainda acerca do princípio em questão, dá destaque também à ideia de que é necessário “compreendê-lo em sua plenitude, enquanto prerrogativa impositiva de respeito à dimensão existencial do ser humano em todas as suas relações intersubjetivas.”. Assim, pode-se perceber que a dignidade da pessoa humana é um princípio, não só fundamental ao direito constitucional e sua aplicação mas, principalmente, para o direito civil, sendo, neste caso, à família e suas regulamentações jurídicas.

Para Madaleno (2020, p. 121) “Pertinente à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado.”. Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230, dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado amparar as pessoas idosas, assegurando-lhes a participação na comunidade, defendendo-lhes a dignidade e bem-estar, bem como lhes garantindo o direito à vida.

## 2.2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é instituído no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, e é tido como um dos fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana. Para o âmbito do direito de família a Constituição de 1988, como já dito, foi

um marco histórico, e um dos pontos principais em suas mudanças, foi a abolição do tratamento desigual que se apresentava no autoritarismo masculino sobre a mulher, isso, não só para os casados civilmente, mas todas as pessoas passavam a ter direito ao tratamento igual.

Quando se trata do princípio da igualdade e sua aplicação ao direito de família, é necessário que se faça a distinção entre a Igualdade Formal e a Igualdade Material. A igualdade em seu aspecto formal nada mais é do que a igualdade prevista pela Constituição Federal em seu art. 5º, o qual dispõe 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 à propriedade [...]”.

Acerca da igualdade material, Silva (2012, S.P) pondera que:

Por algum tempo a igualdade perante a lei foi identificada como a garantia da concretização da liberdade, de modo que bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para tê-la como efetivamente assegurada. Nesses moldes, a igualdade, em termos concretos, não passava de mera ficção, uma vez que se resumia e se satisfazia com a idéia de igualdade meramente formal.

Então, logo se tornou perceptível que o princípio da igualdade aplicado apenas conforme era disposto na lei não era por si só, eficiente em determinadas situações, vez que em toda sociedade existem grupos sociais mais favorecidos e, por óbvio, os desfavorecidos socialmente. Assim, diante desses problemas sociais, houve a necessidade de se criar ferramentas jurídicas para equiparar os desfavorecidos aos favorecidos, dando-os igualdade de oportunidades, surgindo-se assim o conceito de igualdade material.

Apesar do princípio da igualdade, nas discussões acerca do direito de família ser mais direcionado para a questão de igualdade entre o homem e a mulher, existem outros grupos que, com o advento da Constituição Federal de 1988, tiveram maior amparo quando se trata de isonomia de tratamento. Como é o caso dos idosos, classificados no grupo dos vulneráveis. Para Madaleno (2020, p. 145):

O preconceito pela idade e em especial para com os idosos tem representado uma insidiosa e dissimulada forma de abjeta discriminação, de desrespeito para com o valor supremo da dignidade humana. A idade não importa em automática inabilidade da pessoa para o livre exercício dos atos da vida civil, especialmente quando o avanço da medicina de prevenção e os cuidados no saneamento de base têm sido medidas simples e eficazes para o aumento da sobrevida das pessoas, fazendo com que a velhice chegue num tempo mais distante. A pessoa menos jovem precisa ter assegurado o seu espaço público e privado, sendo permanentemente integrada no contexto sociofamiliar, com a imediata eliminação de todas as formas de preconceitos.

Destarte, observa-se a preocupação do legislador com a pessoa idosa, no passo que criou normas direcionadas a fazer valer o tratamento isonômico, independentemente de sua faixa etária. E, como muito bem demonstrado pelo autor supracitado, a idade, por si só, não é capaz de inviabilizar a pessoa de praticar os atos da vida civil, sendo assim não deve existir preconceitos, principalmente aqueles decorrentes do fator etário.

## 2.3 DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio da liberdade, como os demais tratados acima, além de ser um dos mais importantes princípios constitucionais, é essencial ao direito de família, sendo um dos princípios norteadores desse âmbito do direito. A Constituição Federal de 1988 prevê a liberdade, principalmente para quem deseja constituir família, dispondo em seu art. 226, §7º que o planejamento familiar é de “livre decisão do casal”. Segundo o entendimento de Madaleno (2020, p. 182):

De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei. Liberdade que precisa respeitar o direito alheio, anotando Célio Silva Costa, 141 porque adiante dessa fronteira haverá abuso, arbitrariedade e prepotência.

Não obstante, o princípio da liberdade não é absoluto no direito de família, vide como exemplo a prisão civil do devedor de alimentos que se torna inadimplente injustificadamente. No entanto, o Código Civil de 2002, seguindo o entendimento da Lei Maior, é categórico em determinar a liberdade no direito de família, dando destaque para o que diz respeito ao patrimônio.

O art. 1.513 do Código Civil de 2002 veda ao Estado e a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na vida instituída pela família e, ainda, o art. 1.565 deixa claro que o casal tem a liberdade de fazer o planejamento familiar, devendo o Estado prover recursos

educacionais e econômicos para o exercício deste direito, vedando coerções por parte de instituições públicas ou privadas.

Nessa mesma linha de pensamento, o art. 1639, também do Código Civil, dispõe sobre a liberdade dos nubentes em escolher e estipular o regime de bens do casamento e, em conformidade, os arts. 1642 e 1.643 dão liberdade aos cônjuges para administrarem o próprio patrimônio.

### 3 DO REGIME DE BENS NO BRASIL

O Regime de Bens, conforme é adotado no Brasil, pode ser conceituado como sendo o conjunto de diretrizes a ser seguido pelos cônjuges no que diz respeito ao patrimônio. São essas diretrizes e regras que regulam e definem o que acontecerá com o patrimônio na constância do casamento, bem como quando este se findar, seja por motivo de divórcio ou dissolução em vida da união, seja pela morte de um dos cônjuges, regula a divisão dos bens entre eles.

Para Rizzardo (2019, p. 861):

O regime de bens significa o disciplinamento das relações econômicas entre o marido e a mulher, envolvendo propriamente os efeitos dele em relação aos bens conjugais. Ou seja, a fim de regulamentar as relações econômicas resultantes do casamento, vêm instituídas algumas formas jurídicas que tratam do patrimônio existente antes do casamento, e daquele que surge durante sua vigência

Segundo o entendimento de Azevedo (2019, p. 421 - 422) “o regime de bens é um conjunto de normas que regula as relações econômicas dos cônjuges, na constância de seu matrimônio. Ou, como quer Gérard Cornu, é “um conjunto de regras tendo por objeto governar as relações pecuniárias dos esposos”. Ressalta-se ainda que, de um modo amplo, não é imposto e, respeitando-se o princípio da liberdade, não deve ser imposto um regime para o casamento.

#### 3.1 DA MUTABILIDADE MOTIVADA

O princípio da mutabilidade motivada é uma inovação do digesto civilista de 2002, sendo compreendido como a possibilidade de, na constância do casamento ou da união estável, se alterar o regime de bens. No Código Civil de 1916 era estabelecida, de forma contrária ao princípio ora estudado, a imutabilidade, o que impossibilitava a alteração do regime de bens.

Conforme entende Azevedo (2019, p. 421):

Tal como no Código anterior, o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento (§ 1º), estando o atual Código a admitir sua alteração, conforme adiante explicado (§ 2º). Esta última admissão, inserida no código atual, colocou-o entre os Códigos mais modernos, facilitando sobremaneira a vida dos cônjuges, que, no correr de sua convivência, muitas vezes, necessitam de modificar seu regime patrimonial.

Para que seja feita a alteração do regime de bens existem alguns requisitos a serem preenchidos, visto que, a alteração deve ser requerida judicialmente pelos cônjuges, deve ser consensual, ou seja, ambos precisam estar de acordo com esta alteração de regime, devendo haver uma motivação, ainda que mínima, bem como deve ser preservado o interesse de terceiros. Respeitados tais requisitos, é salvaguardado aos cônjuges ou conviventes, há qualquer tempo, o direito de alteração do regime de bens.

### 3.2 DA VARIEDADE DOS REGIMES DE BENS

A variedade de regimes de bens é princípio que, pelo próprio nome, surgiu para que não houvesse um único regime de bens para o matrimônio, sendo que os nubentes têm a liberdade de escolher o regime de bens que melhor se adequa às suas realidades de vida. Isto ocorre pelas transformações sociais que ocorrem no país e que propiciam novos aspectos e estruturas dentro do direito. Para Madaleno (2020, p. 1245 - 1246):

A existência de algum regime matrimonial de bens é uma consequência inafastável do estabelecimento de um relacionamento afetivo, e está presente em todas as legislações, à exceção do primitivo código soviético de família que proibiu o estabelecimento de regime de bens no casamento, mas regulou normas acerca da assistência recíproca entre os cônjuges e da manutenção dos filhos, o que, na prática, implicava na adoção de um regime único de separação de bens.

Destarte, ainda sob o entendimento de Madaleno (2020, 1246), os cônjuges não só têm a liberdade de escolher o regime de bens que mais lhes aprouver, mas ainda podem “mesclar esses regimes, e dessa forma personalizar as suas necessidades e pretensões, desde que suas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655).”.

Assim, compreende-se que este princípio traz em si outro princípio denominado liberdade de escolha que, conforme tratado acima, permite aos cônjuges escolher o regime que lhes melhor agrada, sendo que tal escolha é feita mediante o pacto antenupcial e, no caso da união estável, utiliza-se o contrato particular ou a escritura pública. Sob a ótica de Rizzardo (2019, p. 862) “A escolha do regime deve proceder-se por meio de pacto antenupcial, a menos

que seja o de comunhão parcial, que prevalece na omissão da escolha de outro regime. O pacto antenupcial externa-se mediante escritura pública.”.

No ordenamento jurídico vigente, existem quatro modalidades de regime matrimonial de bens, quais sejam: regime da comunhão parcial de bens, regime da comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e, por fim, o regime da separação de bens, sendo que no Código Civil de 1916 era incluído o regime dotal e não havia menção à participação final nos aquestos.

O regime da comunhão parcial de bens pode ser compreendido também como regime de comunhão restrita ou limitada de bens, vez que, neste regime, sob a ótica de Madaleno (2020, p. 1299) “formam-se três massas de bens: os bens do marido ou companheiro, os bens da mulher ou companheira e os bens comuns do casal [...]”. Desta forma, compreende-se que os bens adquiridos antes do matrimônio não constituem patrimônio comum do casal, sendo patrimônio comum dos cônjuges, aquele constituído no curso do casamento, conforme o artigo 1.658 do Código Civil de 2002.

Com o casamento, os bens comuns se comunicam e, quando do fim do matrimônio, estarão excluídos da comunhão, os bens descritos nos arts. 1.659 e 1.661 do Código Civil, os quais dispõem que:

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. [...]

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Por outro lado, o artigo 1.662 do CC/2002 dispõe acerca dos bens que fazem parte da comunhão, *in verbis*:

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.

Por fim, ressalta-se que os bens que pertenciam ao cônjuge antes do matrimônio continuam sendo dele e, da mesma forma, ficam os que sub-rogá-los. No entanto, conforme demonstrado, os bens que agregarem o patrimônio do cônjuge, advindos de doação ou sucessão, mesmo que no curso do matrimônio, não se comunicam e, obviamente, não farão parte da comunhão dos bens comuns do casal.

Se por um lado, o regime da comunhão parcial de bens consiste, de um modo geral, na comunicação dos bens que sobrevierem ao casal após o matrimônio, a comunhão universal é, em lato, a comunicação, não só dos bens constituídos na constância do casamento, mas, também, daqueles bens que já faziam parte do patrimônio dos cônjuges antes mesmo da união matrimonial.

Acerca da comunhão universal de bens, Rizzardo (2019, p. 899) leciona que:

Através de sua adoção, com poucas exceções, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas, se comunicam. Não importa a natureza, sejam móveis ou imóveis, direitos ou ações, apreciáveis ou não economicamente, passam a formar um único acervo, um patrimônio comum, que se torna individual até a dissolução da sociedade conjugal. Os bens que o cônjuge leva para o matrimônio se fundem com os trazidos pelo outro cônjuge, formando uma única massa, e não tornando à propriedade originária quando do desfazimento do casamento.

O artigo 1668 do Código Civil 2002 lista os bens que não entram na comunhão universal, *in verbis*:

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.

Destarte, compreende-se que, em síntese, tudo o que for constituído pelo casal antes do matrimônio se comunica. A regra vale também para as dívidas passivas que sejam trazidas por eles, com exceção daquelas que o Código Civil dispõe em contrário. De igual modo ocorre com os bens constituídos na constância do casamento, assim, todo o conjunto desses bens pertence a ambos os cônjuges, ainda que um deles não tenha trazido bens constituídos antes do matrimônio.

Já o regime da participação final nos aquestos veio como uma novidade do Código Civil de 2002, vez que não era adotado pelo antigo código de 1916, cujo qual, conforme demonstra

Azevedo (2019, p. 438), “regulamentava o regime do dote que foi eliminado, também por sua inaplicabilidade. Esse regime de participação final nos aquestos existe em outros países, como na Alemanha, França, Espanha, Portugal e Argentina.”.

A participação final nos aquestos, segundo o entendimento de Azevedo (2019), nada mais é do que uma espécie de cumulação entre o regime da comunhão parcial de bens com a separação de bens, vez que, neste regime cada cônjuge tem seu próprio patrimônio separado durante o casamento, sendo que somente pertencem a ambos os bens constituídos em sua constância cujos quais foram adquiridos onerosamente.

Apesar do entendimento de que o regime da participação final nos aquestos é uma forma híbrida de comunhão parcial e separação de bens, para Madaleno (2020, p. 1385):

Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel (salvo dispensa em pacto antenupcial para os bens particulares – CC, art. 1.656). Apenas na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal será verificado o montante dos aquestos levantados à data de cessação da convivência (CC, art. 1.683) e entenda-se como convivência fática ou jurídica o que cessar primeiro, e cada cônjuge participará dos ganhos obtidos pelo outro a título oneroso na constância do casamento [...].

Assim, é conclusivo que, basicamente, na participação final nos aquestos, cada cônjuge, ao casar-se, administra o próprio patrimônio, bem como os bens que adquirir de forma livre, sendo que, no curso do casamento viverão aos moldes da separação de bens, no entanto, ao dissolver-se o matrimônio, há uma parte do patrimônio que se comunica, aos moldes da comunhão parcial dos aquestos.

### 3.3 DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

O regime da separação de bens é instituído em nosso ordenamento jurídico através dos arts. 1687 e 1688 do Código Civil vigente. Assim, o artigo 1687 traz que, uma vez estabelecido este regime, os bens estarão à mercê da administração exclusiva de cada cônjuge, sendo que este terá a liberdade de aliená-los ou gravar de ônus real.

Sob o viés histórico Madaleno (2020) compreende que a família passou por diversas mudanças ao longo do tempo, bem como os costumes também sofreram mudanças significativas, com isso, o Direito também vai evoluindo em conjunto, assim, a família, em seus moldes atuais, é nuclear, e tem reduzido seu número de componentes, mas, apesar disso, não

tem perdido sua vital importância para a sociedade, vez que, o que antigamente era uma família rural, hoje é vem se transformando em unidade de consumo, propiciando evoluções no que diz respeito ao caráter econômico do casamento.

Assim, para Azevedo (2019, p. 434):

Pelo regime da separação de bens, cada cônjuge continua titular dos direitos, que possuía antes de seu matrimônio, bem como dos adquiridos durante o enlace. Vigora o princípio de que cada um é proprietário exclusivo do que é seu. Assim, há dois patrimônios separados: o do marido e o da mulher.

No entanto, observe-se que, mesmo com o regime de separação de bens, o legislador preocupou-se em estabelecer a norma do artigo 1688 do Código Civil, o qual determina que é obrigação de ambos os cônjuges a contribuição com as despesas do casal conforme a proporcionalidades dos seus bens e rendimentos de trabalho, com a exceção de haver estipulação contrária no pacto antenupcial.

Por outro lado, pode-se apresentar o regime de separação obrigatória de bens, que é uma ramificação da separação de bens, trata-se de uma sanção aplicada em alguns casos, importando em limitação da escolha do regime de bens pelo casal, sendo que, quando este é celebrado em determinadas circunstâncias, adotar-se-á a separação obrigatória dos bens.

Este regime é estabelecido pelo artigo 1641 e incisos do Código Civil de 2002, sendo que, sua imposição se aplica aos que contraírem matrimônio na inobservância de causas suspensivas à celebração de tal, aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos e a todos aqueles que dependam de suprimento judicial para casar.

Existe grande polêmica acerca deste regime, vez que é alvo de duras críticas por grande parte dos doutrinadores. Para Rizzardo (2019, p. 923) a imposição da separação de bens “era e continuará sendo um tanto controversa, lembrando que coincidem o direito antigo e o atual a respeito. Uns defendem a comunicação dos bens amealhados durante o matrimônio. Outros mostram-se ortodoxamente contra”.

E, de acordo com Madaleno (2020), impor a incomunicabilidade de bens por conta de que o casamento fora celebrado sem observação das causas suspensivas, ou, pelo fato dos nubentes se acharem em idade superior a 70 (setenta) anos, e ainda mediante a dependência de suprimento judicial, viola diversos princípios constitucionais fundamentais.

## 4 (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS

Finalmente, chega-se ao momento de tratar da (IN) Constitucionalidade do Regime da Separação de Bens Obrigatório Para Maiores de 70 (setenta) Anos, ou seja, da constitucionalidade ou não da regra de bens ora discutida. Para isso, neste capítulo serão utilizados posicionamentos doutrinários, disposições legais, bem como entendimentos jurisprudenciais.

Assim, no primeiro tópico deste capítulo, serão observadas as possíveis violações aos princípios constitucionais fundamentais e a capacidade do idoso, no segundo tópico analisar-se-á possíveis violações ao Estatuto do idoso e no terceiro tópico, serão trazidos os entendimentos jurisprudenciais acerca do regime em tela.

### 4.1 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CAPACIDADE DO MAIOR DE 70 ANOS

A Constituição Federal de 1988 garante a todo e qualquer indivíduo a igualdade, a liberdade e, derivado destes princípios, a dignidade da pessoa humana. Pode-se concluir que há sim violação aos princípios constitucionais citados, para tanto, veja-se o que compreende Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 118) ao falar do artigo 1.641, inciso II do Código Civil:

**A segunda situação prevista na norma é absurda e inconstitucional.** A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence. E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros. **Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição. Muito pelo contrário. O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.** (grifo nosso)

No mesmo sentido segue o entendimento de Rolf Madaleno (2021, p. 804), o qual diz que:

No tocante à imposição do regime obrigatório da separação de bens pela inconstitucional discriminação da idade, Caramuru Afonso Francisco refere ser deplorável a manutenção da separação obrigatória de bens por questão de idade dos nubentes, unificada para setenta anos pela paridade constitucional e pela Lei n. 12.344, de 09 de dezembro de 2010, **constituindo-se em uma afronta ao princípio extremo de respeito à dignidade da pessoa humana, cujo postulado está consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República.** (grifo nosso)

Para os autores supracitados, a imposição de um regime de bens para o casamento por fator exclusivamente etário é uma afronta direta ao princípio da igualdade substancial ou, comumente chamada como igualdade material, cuja qual, conforme mencionado alhures busca igualar os desiguais, nesse caso em específico o princípio é violado mediante a desigualdade de oportunidades no que diz respeito aos idosos que, por força da norma discutida, não têm a faculdade de escolher um regime de bens para o casamento. Madaleno (2021, p. 804), ressalta ainda que:

Melhor solução sempre seria autorizar a adoção do regime da comunhão limitada de bens, com a divisão dos aquestos, como ordena a Súmula n. 377 do STF ao inibir o enriquecimento sem causa e, principalmente, ao deixar de ofender a dignidade da pessoa humana, sem precisar provar o efetivo esforço comum na aquisição onerosa dos bens aquestos, **pois devem cônjuges e conviventes desfrutarem da liberdade e da autonomia de bem decidirem acerca do destino de seus bens com qualquer idade e presunção de lucidez.** (grifo nosso)

Além disso, deve-se tratar da contradição havida dentro do próprio Código Civil de 2002, visto que em seus primeiros artigos são estabelecidas as regras referentes à capacidade do indivíduo para a prática dos atos da vida civil, sendo que tal capacidade tem idade para começar, mas não há regra determinando o fim da capacidade da pessoa em vida. Assim, é incongruente retirar o direito do indivíduo de praticar um dos atos da vida civil quando este alcançar determinada idade.

Há de se recordar ainda do disposto do artigo 3º da CF/88, que estabelece como um objetivo fundamental prover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Evidentemente, o inciso III do art. 1.641 do Código Civil de 2002 destoa completamente do disposto supracitado, vez que pressupõe que, ao atingir os 70 anos de idade, há falta de aptidão mental ou, mesmo, de lucidez para a escolha do regime de bens.

Sobre tal questão Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 118) lecionam que:

Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade. Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário original de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de ministro! E não poderia escolher livremente o seu regime de bens? Não podemos tentar encontrar razão onde ela simplesmente não existe. Nessa linha, concluímos pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada, em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre a capacidade civil dos maiores de 70 (setenta) anos Madaleno (2021, p. 806) pondera que a imposição do regime de bens por idade gera uma:

Curiosa e sectária interdição, ao transformar o septuagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime da comunhão parcial, para dividir os aquestos, como produto da recíproca construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio, embora tampouco esteja impedido de promover com 70 ou mais anos de idade doações, incluso para seu novo cônjuge.

Há de se ressaltar ainda, a violação da liberdade que o idoso tem para celebrar e dispor sobre o conteúdo de todo tipo de contratos e o cerceamento de tal direito quando se trata da escolha do regime de bens do casamento, hipótese esta que merece prosperar, vez que, conforme fora demonstrado no decorrer deste trabalho, majoritariamente a doutrina compreende o casamento civil como um negócio jurídico bilateral, em que duas partes irão pactuar um acordo de vontades. Destarte, é incompreensível que a pessoa fique impedida de dispor acerca da regra que irá reger a divisão do patrimônio do casal.

## 4.2 VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DO IDOSO

Conforme já salientado, é notória a violação aos preceitos e normas estabelecidas no estatuto do idoso que, conforme tratado alhures, é uma legislação criada com base no princípio da dignidade humana para a proteção integral dos direitos da pessoa com idade superior a 60 anos.

De forma mais específica, o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, viola a disposição do artigo 2º do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

Art. 2º 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.

Isto porque, conforme é visível, tal artigo estabelece em si aquela mesma questão tratada nos tópicos anteriores: o idoso deve ter os mesmos direitos, as mesmas oportunidades e as mesmas facilidades que as pessoas de quaisquer outras idades e ainda convém ressaltar o trecho do artigo supracitado que estabelece o aperfeiçoamento moral e social do idoso em condições de liberdade e dignidade.

Necessário se faz recordar também da disposição do artigo 10º do mesmo estatuto, já citado nesta pesquisa, que atribui responsabilidade ao Estado e à sociedade de garantir à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, conforme a Constituição e as leis do país estabelecem. Mais adiante, o § 2º do mesmo artigo reafirma que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade não só da integridade física, mas também psíquica e moral do idoso, sendo que tal direito abrange, dentre outros, a preservação da autonomia, das ideias e dos objetos pessoais do idoso.

Assim, torna-se hialina a afronta do referido artigo do Código Civil às principais regras constituídas no Estatuto do Idoso, visto que privar o indivíduo da escolha do regime matrimonial de bens pela idade em que se encontra é o mesmo que dizer “ao alcançar os 70 anos idade você é compreendido como inválido, sem capacidade mental, sem lucidez e de ti será tirada a liberdade de administrar seus bens neste caso em específico”, configurando uma clara afronta ao que se entende por direito ao respeito, à dignidade, à igualdade, à liberdade e à integridade moral de qualquer indivíduo.

#### 4.3 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE 70 ANOS DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência ainda não é pacífica no sentido da alteração do regime de bens discutido, no entanto, dada a tamanha celeuma em torno do regime da separação

legal/obrigatória de bens, o STF firmou o entendimento da súmula 377, prevendo que: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Desta forma, conforme a disposição da referida súmula, comunicam-se os bens constituídos na constância do casamento de forma onerosa, acerca dos quais houve esforço de ambos os cônjuges para a sua aquisição.

Além disso, há de se lembrar do princípio da mutabilidade do regime de bens, o qual não é observado pela norma contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, o que acaba por deixar o julgador de “mãos atadas”, vez que mesmo em casos em que é consensual a busca pela alteração de regime de bens, não pode o juízo fazê-lo, como no caso da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO CONSENSUAL DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PESSOAS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há como modificar o regime de bens da separação obrigatória, quando a causa que o impôs foi o fato de a pessoa ser maior de 70 anos, pois, nesta hipótese, a causa não poderá ser superada. Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ do CJF. Precedentes deste E. Tribunal. (TJ-SP - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, Relator: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 12/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2019)

Conforme se observa na jurisprudência, o comportamento dos magistrados ainda é no sentido de que o regime de bens não pode ser alterado, na hipótese em que um dos nubentes tenha mais de 70 anos. Apesar de tudo isso, o Supremo Tribunal Federal tentou amenizar um pouco dos efeitos da aplicação da Separação Obrigatória, já que agora, os bens adquiridos na constância do casamento, são comunicáveis, tendo como principal diferença a não aplicação da presunção de esforço comum, em relação ao regime de comunhão parcial, além disso, na separação obrigatória os bens anteriores ao casamento, não podem ser herdados pelo cônjuge.

Assim, é necessário que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo discutido para que a alteração do tal regime seja permitida, situação inteiramente descabida e inadmissível principalmente porque o próprio legislador reconheceu o erro do artigo quando em 2010 modificou a idade em que o regime seria imposto, passando-se de 60 para 70 anos.

### 4.3.1 União estável entre pessoas maiores de 70 anos

Em se tratando da União Estável, é sabido que, conforme a disposição do artigo 1.725 do Código Civil, em ausência de contrato escrito entre os companheiros, aplicam-se as regras patrimoniais correspondentes ao regime da comunhão parcial de bens.

No entanto, quando se trata de União Estável entre pessoas que já alcançaram a idade de 70 anos, embora a regra estabelecida no artigo 1.641, II do Código Civil não faça menção, conforme Rosenvald e Netto (2020) explicam “o STJ tem entendido que a imposição do regime de separação obrigatória de bens imposto a quem se casar com mais de 70 anos também é aplicável à união estável”.

Assim sendo, somente há a possibilidade de partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, desde que comprovado o esforço de ambos. Conforme leciona Farias (2019, p. 331):

De um lado, revela-se a incidência do princípio da liberdade de escolha do estatuto patrimonial familiar genericamente no Direito das Famílias. Efetivamente, os companheiros - do mesmo modo que os cônjuges - poderão eleger livremente o regime de bens a que pretendem submeter-se, por meio de negócio jurídico escrito, independentemente de instrumento público, dispensado também o registro no Cartório do Registro de Imóveis. Doutra banda, comunicam-se os bens adquiridos a título oneroso na constância do relacionamento, presumindo-se o esforço comum de maneira absoluta.

Não se pode olvidar que há enorme celeuma no meio jurídico por conta da aplicação da separação obrigatória de bens nesses casos, o que se dá por conta de que as causas suspensivas do casamento não se aplicam à União Estável. Veja-se o entendimento de Farias (2019, p. 211):

Diferentemente dos impedimentos matrimoniais, as causas suspensivas não são aplicáveis às uniões estáveis (CC, art. 1.723, § 2º), inexistindo imposição de regime de separação legal na família convivencial, que resta submetida ao regime de comunhão parcial, salvo disposição em contrário das partes. Por certo, a nomenclatura utilizada não é das melhores, uma vez que não implica em suspensão de qualquer ato matrimonial e, tampouco, obsta a fluência de efeitos do casamento. Apenas geram a incidência do regime separatório de bens, por força de lei, independentemente de as partes terem se manifestado em sentido distinto.

Destarte, não faria sentido aplicar o impedimento de escolha de regime em casos em que os companheiros se encontram em idade avançada, isto, tanto pelo princípio da livre escolha, tratado anteriormente, quando pela própria incoerência de se aplicar regras atinentes ao casamento em algumas situações e em outras não, como é o caso das causas suspensivas

que, quando inobservadas, também ocasionam a imposição do regime de separação obrigatória no casamento civil.

Cumpra-se recordar do entendimento que, dantes já majoritariamente pacificado na doutrina, consolidou-se na III Jornada de Direito Civil em que restou firmado pelo Enunciado 261 do Conselho de Justiça Federal que o regime da separação obrigatória de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

## 5 OBJETIVOS

### 5.1 OBJETIVO GERAL

Propiciar a discussão acerca da possível (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens fundamentado apenas na idade em que determinada pessoa se encontra.

### 5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Avaliar se há concordância entre o inciso II do artigo 1641 do Código Civil pátrio com os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988;
- Discutir acerca das evidentes violações aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade;
- Analisar se o fator exclusivamente etário utilizado no artigo supracitado é, por si só, capaz de justificar a imposição do regime da separação de bens para os maiores de 70 (setenta) anos;
- Demonstrar a incoerência que há na incapacitação forçada de uma pessoa para determinado ato da vida civil, unicamente pela faixa etária em que se encontra.

## 6 METODOLOGIA

O método científico utilizado foi o dedutivo, vez que buscou-se em sua conclusão uma certeza, partindo de informações que viessem tornar a verdade clara e hialina através das premissas apresentadas, e, conforme Prodanov e Freitas (2013, p. 27):

O método dedutivo, de acordo com o entendimento clássico, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica.

Destarte, como se utilizou o método dedutivo, bem como foram utilizadas fontes primárias e secundárias, necessário se fez o uso de pesquisa bibliográfica e de pesquisa documental para a fundamentação das teses apresentadas.

A pesquisa bibliográfica pode ser conceituada como sendo a pesquisa realizada com base em livros, revistas, artigos científicos, publicações em periódicos, monografias, teses, dissertações e, conforme o entendimento de Prodanov e Freitas (2013, p. 54), a pesquisa bibliográfica tem a finalidade de “colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa.”. E, também, a pesquisa foi documental, uma vez que se recorreu a fontes diversificadas como, por exemplo, a própria lei e documentos jurídicos.

## 7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

No decorrer do presente trabalho foram feitos diversos estudos a fim de se obter uma resposta concreta acerca da inconstitucionalidade, ou não, da imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos. Dentro dessa ótica, é necessário estabelecer que, como já visto, o regime matrimonial de bens é um conglomerado de normas com finalidade de determinar a organização acerca da comunicabilidade, ou não, do patrimônio do casal.

Essa regra é fundamentalmente regida pelo princípio da variedade de regimes, mediante o qual deve haver regimes diferentes para a escolha dos nubentes, pelo princípio da livre escolha que faculta aos nubentes escolher o regime que melhor se adequa à realidade econômica do casal, e o princípio da mutabilidade de regime, através do qual os cônjuges podem a qualquer tempo e consensualmente requerer em juízo a alteração do regime de bens. (Madaleno, 2020, 1246)

Há de se recordar ainda que, a Constituição Federal, lá em 1988, com base no princípio da dignidade da pessoa humana começou a demonstrar de forma já bastante clara, mais especificamente nos artigos 229 e 230, a necessidade de se trazer normas que garantam a dignidade do idoso e seus direitos, tanto que para tal objetivo atribuiu ao Estado à família e à sociedade o dever de preservar a dignidade das pessoas que se encontram em idade avançada.

A imposição do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos se dá através do argumento de que muitas pessoas se aproximam da pessoa idosa para se casar por interesses exclusivamente econômicos, com a finalidade de aplicar o conhecido “golpe do baú” e, a obrigatoriedade da separação de bens seria necessária para proteger o patrimônio do idoso em um eventual casamento interesseiro, já que nesse patamar da vida o indivíduo não teria lucidez plena para discernir se existe ou não o interesse econômico por parte do outro nubente. (Rodrigues, 2004, p. 135).

Em contrapartida, mesmo com boa intenção por parte do legislador, o idoso acaba por ter direitos cerceados sem uma razão plausível e, além disso, tem sobre si uma discriminação que não goza de justificativa científica, tampouco coerente. E, confirmando o que foi apresentado nas hipóteses I, a imposição do regime da separação legal de bens para os maiores de 70 anos, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2020) é uma violência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, mediante a discriminação e o

preconceito advindos da norma, bem como, conforme Lôbo (2010) a norma é, também, uma afronta à liberdade, tornando-se inconstitucional.

Confirmou-se também o que fora levantado na hipótese II, vez que tal imposição acaba por ser uma incapacitação forçada, simplesmente por haver a presunção de que o idoso não tem discernimento para administrar seu patrimônio e escolher o regime, bem como não pode alterá-lo. Para Diniz (2020, p. 435):

A possibilidade de alteração do regime de bens para os incisos I e III, do artigo 1.641, do Código Civil de 2002, não aparece para o inciso II que trata do casamento de pessoa maior de 70 anos. No Brasil, apesar do Supremo Tribunal Federal aprovar a aposentadoria compulsória para eles próprios aos 75 anos, o entendimento fixado na lei é no sentido de que a pessoa que chega aos 70 anos não possui discernimento para escolher seu regime matrimonial. Isso é bastante contraditório.

Além disso, necessário se faz ressaltar que, a norma contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, ocasiona a *capitis diminutio* (perda total ou parcial da capacidade jurídica ou dos direitos de cidadão), sendo que, de acordo com Diniz (2005) o nubente que sofre tal perda de capacidade, tem total discernimento e maturidade para praticar os atos da vida civil e tomar decisões no que tange ao seu patrimônio, ou seja, é descabida a imposição do regime discutido em razão da faixa etária.

Há de se recordar também que, além dos argumentos acerca da capacidade civil do idoso, o artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002 põe à prova o artigo 1.513 do mesmo diploma legal, o qual dispõe que nenhuma pessoa, seja de direito público ou privado, poderá interferir na comunhão instituída pela família.

Por conseguinte, atestando-se a hipótese III, ressalte-se que a norma discutida viola também o Estatuto do Idoso que, além de seu viés de proteção, estabelece também em seu artigo 2º que a pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, bem como em seu artigo 10º onde atribui ao Estado e à sociedade a obrigação de “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.”.

E, por último e não menos importante, confirmou-se os levantamentos da hipótese IV, uma vez que, majoritariamente, a doutrina considera que o casamento civil tem natureza jurídica de contrato e, conforme o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2021) consiste em um negócio jurídico bilateral, tratado como um contrato especial do âmbito direito de família.

Sendo assim, é imperioso que o casamento deve ser regido com base na autonomia da vontade, isto é, se é contrato, sob o entendimento de Garcia (2018), os nubentes devem ter a liberdade e a autonomia de contratar e dispor acerca do conteúdo do contrato. Por óbvio, isso faz com que seja totalmente descabido o regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos, até mesmo pelo motivo de que, pessoas que se encontram nessa idade podem celebrar e dispor livremente sobre o conteúdo de qualquer tipo de contrato, o que não deveria ser diferente no casamento.

Destarte, é de se concluir que, apesar de não haver jurisprudência que caminhe em sentido contrário à disposição do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, observa-se que a doutrina majoritária é contundente em afirmar que esta norma vai de encontro aos princípios constitucionais basilares do Ordenamento Jurídico brasileiro e, de acordo com Chaves e Rosenthal (2010), a imposição do regime discutido é inconstitucional por ocasionar a redução da autonomia do idoso como pessoa, importando em constrangimento social e pessoal, o que resta por ferir efetivamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, compulsando tudo o que fora exposto no decorrer da pesquisa e do trabalho final, torna-se claro que os objetivos estabelecidos foram alcançados. Sendo que foram demonstradas violações, não só ao texto constitucional (princípio da dignidade, da igualdade e liberdade), mas, ao próprio código civil.

Além disso, foi possível chegar à conclusão de que a imposição do regime de separação legal de bens por idade é incoerente, haja vista às questões atinentes à capacidade para a prática dos atos da vida civil que, uma vez que se inicia, não cessa, salvo se a pessoa for acometida de deficiência que retire sua aptidão e sua lucidez.

Recorde-se ainda das regras albergadas pelo Estatuto do idoso, cujas quais não permitem que a pessoa idosa seja tratada de forma desigual, bem como prima pelo respeito e pela dignidade do idoso. E, conforme demonstrado no decorrer do presente trabalho, é completamente violado.

Assim, embora não haja jurisprudência que caminhe nesse sentido, até mesmo pela impossibilidade de contrariar a letra fria do artigo 1641, inciso II do CC, a doutrina em peso afirma de forma incisiva o total descabimento da norma, bem como a necessidade de se declarar sua Inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*, Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 364.

ALMEIDA, José Marcio de. *Breves considerações acerca do regime de bens da participação final nos aquestos*. revista Jus Navigandi. Teresina, Piauí, 13 de Dezembro de 2016. não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51361/breves-consideracoes-acerca-do-regime-de-bens-da-participacao-final-nos-aquestos>> Data do Acesso: 09 de novembro de 2020

ALONSO, Fábio Roberto Bárboli. *Envelhecendo com Dignidade: O Direito dos Idosos como o Caminho para a Construção de uma Sociedade para Todas as Idades*. UFF/ Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2005.

ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalho de graduação*. São Paulo: Atlas, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Ed. Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 10.741, 1º de outubro de 2003. Estatuto do Idoso. Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL, Lei 13.146, 6 de julho de 2016. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm)>

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado 261 do CJF. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>. Acesso em maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 5º volume: direito de família. 20. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.1.2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva. 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Direito em debate: volume 1*. São Paulo: Almedina. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

GARCIA, Olinda Caetano. *Casamento: Natureza jurídica*. Jus.com.br, São Paulo, dezembro de 2018. Não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70849/casamento-natureza-juridica>>. Acesso em maio de 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2021.

INDALENCIO, Maristela Nascimento. *Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. 343 f. Dissertação (Mestrado em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina, 2007. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Maristela%20Nascimento%20Indalencio.pdf>> Acesso em maio de 2021.

JUSTI, Jadson.; SILVA, Telma Pereira Vieira. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*, Rio Verde - 2016

JUSTI, Jadson.; SILVA, Telma Pereira Vieira. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*, Rio Verde - 2016

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LONDERO, Josirene Candido e BIRNFELD, André Hüning. *Direitos sociais fundamentais: contributo interdisciplinar para a redefinição das garantias de efetividade* - Rio Grande : Editora da FURG, 2013.

MACEDO, Humberto. *O casamento e sua natureza jurídica: contrato especial do Direito De Família*. Ibdfam.org.br, Minas Gerais, 22 de janeiro de 2014. Não paginado. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/939/O+casamento+e+sua+natureza+jur%C3%ADdica+%E2%80%93+contrato+especial+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>>. Acesso em maio de 2021.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico* [recurso eletrônico] : métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família: volume 6*, 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 135.

RODRIGUES; TEIXEIRA. *O Direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo, Atlas, 2010.

ROSENVOLD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Código Civil Comentado: Artigo por Artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SALOMON, Delcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 13. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP (3ª Câmara de direito privado). Apelação cível - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248 n. 200050010031876. Relator: Maria do Carmo Honorio. São Paulo, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897449217/apelacao-civel-ac-10028967020198260248-sp-1002896-7020198260248>>. Acesso em: 20 mai. 2021.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira da. *Princípios norteadores do Direito de Família*. Revista Jus Navigandi. São Paulo, 10 de Fevereiro de 2020. não paginado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>> data do acesso: 06 de novembro de 2020.

SILVA, Nicolas Trindade. *Da igualdade Formal a Igualdade Material*. ambitojuridico.com.br, Paraíba, 01 de dezembro de 2012. Não paginado. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/da-igualdade-formal-a-igualdade-material/>>. Acesso em maio de 2021.

WESENDONK, Tula. *Questões controversas a respeito da mutabilidade de regime de bens*. Revista Jus Navigandi. Porto Alegre, 24 de Agosto de 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22479>> Data do acesso: 09 de novembro de 2020.