

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Rhafaela Fernanda Lopes de Gouveia¹

Dayana do Carmo Faria²

RESUMO

Analisa-se o tema designado sobre a obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos, como disposto no artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002. Tal dispositivo demonstra a incapacidade do idoso de escolher o regime de bens que melhor adequa a suas necessidades, restringindo assim sua liberdade de escolha e afrontando os princípios constitucionais e fundamentais do indivíduo, como o da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Em um primeiro instante, apresentou-se um breve histórico do casamento no Brasil, identificando modificações no que tange ao conceito de família, destacando também os diferentes tipos de regimes de bens e seus princípios, trazendo enfoque assim como no Estatuto do Idoso. Após, foi desenvolvida a teoria referente a inconstitucionalidade do artigo supracitado frente ao princípio da dignidade da pessoa humana estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade. Regime de Bens. Idosos. Dignidade da Pessoa Humana. Protecionismo.

¹ Acadêmico(a) do 9º período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientadora, especialista em Direito Empresarial e professora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o regime da separação de bens em sua forma obrigatória disposto no artigo 1.641, II, pelo Código Civil (CC) de 2002, o qual é imposto aos nubentes que contraem o matrimônio com idade superior a 70 anos, enfatizando uma breve pauta sobre a história do casamento no Brasil e os tipos de regimes existentes no Ordenamento Jurídico brasileiro, com enfoque na violação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a incapacidade expressa no livro de família contradizendo com o exposto na Teoria Geral do Direito Civil.

Neste estudo identifica-se então, a relevância deste tema, visto que, poderá causar lesões patrimoniais à sociedade decorrente da obrigatoriedade imposta pelo Estado em sua função legisladora. Ressalta-se a problemática relacionada a autotutela imposta pelo legislador ao nubente com idade superior a 70 anos, limitando sua liberdade de escolha relacionada ao regime contraído em seu matrimônio, lhe impondo de forma decisiva a separação obrigatória de bens. Neste sentido, indaga-se: É constitucional deixar que o legislador imponha um regime de bens ao nubente com idade superior a 70 anos, restringindo sua liberdade de escolha relacionada às demais faixas etárias?

Dessa forma, levantou-se as seguintes hipóteses: **I)** A escolha do regime de bens é direito patrimonial, ou seja, indisponível, razão pela qual injustificada a interferência do Estado na escolha, nem mesmo sob o fundamento de proteção a dignidade da pessoa humana. **II)** O fato de a pessoa ultrapassar uma faixa etária passa a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos da vida tais como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses, lhe fornecendo somente a opção da separação total. **III)** Um pacto antenupcial feito entre os nubentes para escolherem o regime de bens, até mesmo quando se tratar de comunhão parcial.

O Direito de Família é de imensurável importância no Ordenamento Jurídico, visto que é um ramo do Direito Privado que traz consigo características particulares do Direito Público, as quais buscam regularizar as relações familiares da coletividade, como, por exemplo, o regime obrigatório de bens que é imposto aos maiores de 70 anos. Neste sentido, situações que não são definidas como de Interesse Público, o Estado deve se abster de realizar ingerência que restrinja a liberdade de escolha dos nubentes, que são civilmente capazes, pois se trata de interesse particular e subjetivo do próprio indivíduo.

Para tanto, primeiramente, argumenta-se a instituição do casamento no Brasil. Em um segundo momento, explana-se a respeito dos regimes de bens aplicáveis ao casamento e os princípios justificadores da adoção do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 (setenta) anos. Finalmente, discute-se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da imposição legal do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL

Em 1889, a união entre duas pessoas só se tornava possível através da constituição do matrimônio religioso, com o objetivo de construir uma família para que houvesse a concepção de filhos, mesmo que entre os nubentes não houvesse, de fato, nenhuma ligação através de sentimentos, sendo este o único meio para esta união, permanecendo o referido cenário até o surgimento do casamento civil através do decreto 181 promulgado dia 24 de janeiro de 1890.

Neste sentido, posiciona-se Farias e 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)

A Constituição de 1988, surge trazendo grande evolução no reconhecimento familiar, passando a considerar outras possibilidades para se constituir uma família, expandindo assim seu conceito e considerando outras relações como entidade familiar, seja esta monoparental ou união estável, modificando assim o conceito de família e incorporando a união estável como uma entidade familiar. Com essas mutações, houve também o favorecimento referente a dissolução do casamento através do divórcio de forma direta quando se passar um ano a contar-se da separação judicial.

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, 2010, p. 33).

Esta base sólida criada através do vínculo familiar era considerada indissolúvel em se tratando do casamento matrimonial, visto que, a finalidade deste era somente reprodutiva. Entretanto, no que versa o casamento civil, a lei em vigência da citada época, considerava possível a separação dos corpos, mas não a dissolução matrimonial, passando a surgir o desquite somente em 1916, através do CC, e 61 anos posteriormente, o divórcio.

Em 2003, com as inúmeras alterações do CC, foi consagrada a conformidade entre homens e mulheres, no que tange ao Direito Pessoal, Patrimonial, União Estável, e também da Tutela e Curatela, onde tais mudanças encontram-se fundamentadas nos artigos 1.511 a 1.783, enaltecendo a igualdade e a evolução desde a Lei 4.121/62, a qual resguardava a mulher casada. Dessa forma, o casamento abrange tanto o campo pessoal quanto o patrimonial, onde ambos são encontrados expressamente no CC, os quais são fragmentados em dois títulos dentro do Direito de Família, onde um rege o direito pessoal e o outro tem a finalidade de disciplinar o direito patrimonial.

2.2 REGIMES DE BENS APLICÁVEIS AO CASAMENTO

Através da celebração do matrimônio, há a união de duas vidas, que serão transformadas e modificadas em uma única relação, a qual envolverá o dever pessoal e patrimonial. Para que se discipline o interesse de ambos, é necessário que haja pré-fixado preceitos e princípios que irão nortear tal relação, denominados assim através do Ordenamento Jurídico brasileiro, de regime de bens. De acordo com Bevilacqua, (1943, p. 171) “Regime de bens no casamento é o conjunto dos princípios jurídicos, que regulam as relações econômicas dos cônjuges”. Neste sentido, Paulo Luiz Lobo Neto, faz um breve comentário definindo assim a finalidade e conceito do regime de bens que é tratado no CC:

O regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente quanto ao domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal. (LOBO, 2003, p. 231).

Para que o regime de bens siga uma ordem disciplinar, este é regido por 5 princípios indispensáveis, os quais são: liberdade das convenções antenupciais/livre estipulação do regime de bens; adequação a pertinência do regime; vigência de regimes de bens e imutabilidade relativa do regime de bens.

O princípio da liberdade das convenções antenupciais define que, os contraentes poderão escolher o regime que melhor suprir suas necessidades e atender aos seus interesses, podendo ocorrer um misto de regimes, sendo-lhes lícito até mesmo determinar cláusulas, porém, estas devem ir de acordo com os princípios de ordem pública. Após a definição, este regime será concretizado entre os nubentes de forma solene e prévia ao casamento, através do pacto antenupcial, obedecendo o que está disposto nos artigos 1.653 a 1.657 do CC. Se tratando da liberdade para a escolha dos pactos antenupciais, Regina Beatriz Tavares da Silva, têm se:

Em regra geral vigora o princípio da autonomia da vontade, ou da liberdade, quanto à escolha pelos nubentes de um regime de bens tipificado em lei ou de um regime de bens tipificado em lei ou de um regime misto, ou ainda, de regras especiais, desde que a convenção não prejudique os direitos conjugais ou paternos, ou outra disposição absoluta da lei, casos em que a convenção será havida como nula. Essa autonomia na escolha de regras mistas ou especiais advém do caput destes dispositivos, inobstante o art. 1.640, parágrafo único estabeleça que os nubentes, no processo de habilitação possam escolher qualquer dos regimes tipificados neste Código. (Silva, 2002, p. 1.451)

Os tipos de regimes de bens estão dispostos no artigo 1.640, sendo estes: comunhão parcial de bens, comunhão de bens, participação final nos aquestos e o regime da separação de bens, o qual será de livre escolha dos nubentes, podendo ser adequado e modificado conforme suas conveniências, entrando em vigor a partir da data que o casamento for dito como válido. Se tratando da imutabilidade do regime de bens, o CC de 1916 discorria que não seria possível a alternância deste, se tratando então, de imutabilidade absoluta, devendo os cônjuges permanecerem durante toda a vida em comunhão somente com o regime escolhido na celebração desta. Entretanto, com a vigência do CC de 2002, é possível que se altere o regime de bens escolhido, unicamente por meio de uma determinação judicial, onde será necessário o consenso de ambos os cônjuges, alegando motivos sequenciados de fundamentações, comprovando assim, que esta mudança não causará danos a terceiros. Se tratando dos efeitos decorrentes da mutabilidade, Santos dispõe que:

[...] caso haja por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, pois, por exemplo, se o novo regime for o da comunhão universal, ela só será universal se implicar comunicação de todos os bens, posteriores e anteriores à alteração. Impossível seria pensar em comunhão universal que acarretasse comunicação apenas dos bens adquiridos a partir da modificação. Outro, por certo, seria o regime em vigor daí em diante, porém não o da comunhão universal. Do mesmo modo se a opção for pela separação absoluta, necessariamente será retroativa a mudança, ou absoluta não será a separação! E mais: se o escolhido agora for o da separação total de bens, imperiosa será a partilha daqueles até então adquiridos a ser realizada concomitantemente à mudança de regime.

Neste sentido, quando inovar-se o regime adotado e este fornecer uma comunicação mais restrita do que a anterior se tratando dos bens já adquiridos, ocorrerá a divisão do ativo e passivo, findando assim, as responsabilidades de cada cônjuge conexas aos credores do outro. O regime da comunhão parcial de bens ou regime legal, aplica-se quando os nubentes não realizaram a constituição do pacto antenupcial. De acordo com o artigo 1.658, do Código Civil, conceitua-se este como “No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. (BRASIL, 2002).

Irão se comunicar os bens cativados na constância do casamento, salvo, nos casos de sub-rogação, sucessão ou doação, além daqueles que foram adquiridos antes de reafirmar esta união.

Tratando-se da comunhão universal de bens, é necessário que esta seja realizada através da realização do pacto antenupcial, o qual será consignado por meio de escritura pública, entrando em conformidade os bens que foram empenhados por ambos após a validação matrimonial e também aqueles que adquiridos anteriormente a realização do casamento, cabendo a cada parte, a divisão convicta entre os dois contraentes. Sendo designado assim pelo artigo 1.667 do Código Civil “O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”. (BRASIL, 2002).

No que tange a administração desses bens, poderá ser feita de comum acordo entre os dois, onde ambos possuem legitimidade para zelar e gerenciá-los. Um destaque na Lei 10.406/2002, foi a disposição do regime de participação final nos aquestos, o qual é decorrente das possibilidades dos regimes de bens juntamente com a liberdade das convenções antenupciais, sendo posicionado no artigo 1.672 do Código Civil como:

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).

Esta forma de regime, é considerado como mista, devido a utilização de alguns princípios da comunhão parcial e da separação de bens. O regime da separação é decorrente da incomunicabilidade dos bens mesmo que futuros e construídos pelo casal, havendo uma separação quanto esta propriedade.

De acordo com Rodrigues (2000, p. 202):

O regime de separação de bens vem a ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio.

Este regime poderá ser contraído mediante pacto antenupcial ou por determinação em lei, que seria nos casos descritos no artigo 1.641, como, por exemplo, em seu inciso II, quando o contraente possuir idade superior a 70 anos, sendo esta hipótese o objeto de estudo do atual trabalho.

Anteriormente, determinava-se no CC que o regime da separação total seria imposto obrigatoriamente aos nubentes com idade superior a 60 anos, entretanto, em 2010, promulgou-se a Lei 12.344, a qual alterou o texto da lei, tornando a idade apta para impor este regime, pessoas com idade superior a 70 anos, alegando o protecionismo patrimonial, a proteção do idoso e de seus descendentes.

2.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana possui sua fundamentação no artigo 1º da Constituição Federal, onde mesmo não estando junto aos princípios fundamentais que são expostos no rol do artigo 5º do mesmo livro, é de vasta relevância, é considerado como norteador dos demais princípios.

Neste aspecto, Tavares, (2003, p. 45) disciplina que:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental não deva ser hipostasiada, já que não se trata de conceitos antiéticos e reciprocamente excludentes (notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente – principiológico), compartilhamos do entendimento de que, muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe um direito à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido.

Salienta-se que, este princípio versa sobre a igualdade e respeito do homem perante a sociedade, onde as ações e atos não devem ser praticados de forma que prejudique a existência de outrem.

Nesta seara, Tavares (2003, p. 406) discorre:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas e humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total auto disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem.

Neste sentido, indaga-se o fato do não oferecimento da discricionariedade ao idoso quanto a possibilidade de escolha de seu regime de bens que versa sobre seu patrimônio, uma vez que, tratando-se de um estado democrático de direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana possui ínfima relevância, já que o mesmo encontra-se previsto na própria Constituição Federal, a renomada Lei Maior. Destarte, as normas que forem contrárias a este princípio, são consideradas inconstitucionais, em consequência de o princípio da dignidade da pessoa humana determinar que sejam reconhecidas as qualidades morais que unicamente cada um possui.

2.4 DA CAPACIDADE E DIREITOS ASSEGURADOS AOS IDOSOS

O Código Civil brasileiro dispõe em seu artigo 3º e 4º sobre a capacidade civil, considerando os menores de 16(dezesseis) anos absolutamente incapazes.

Seguindo no mesmo livro, a menção do artigo 4º:

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 (BRASIL, 2002).

Como mencionado nos dois artigos acima, não há que se falar na incapacidade total ou parcial do idoso com idade superior a 70 anos, sendo assim, quando há a imposição do regime de bens a estes, remete-se a criação de uma nova incapacidade e inaptidão relacionadas a escolha de seu regime.

A Política Nacional do Idoso determina como idoso a pessoa que possuir idade igual ou superior a sessenta anos e visa resguardar seus direitos sociais e sua integração de forma efetiva na sociedade. A Lei nº 10.741/2003, em seu artigo 2º, traz com clareza a proteção da pessoa idosa, como se vê:

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-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

A Carta Magna engendrou também em seus artigos 229 e 230 leis específicas para que se eleve a proteção ao idoso, através dos cuidados de seus descendentes com idade superior a 18 anos, aos que se encontrarem em enfermidade, carência e velhice. Neste seguimento, Schopenhauer (2012, p. 20) afirma que:

O velho não é um inválido do tempo, e a velhice não é simplesmente o ocaso da vida, que se tem de protelar o máximo possível, nem a fase do "marasmo" senil e da perda dos sentidos, que conflui na morte. A velhice torna-se, antes, o coroamento da existência, o fim positivo, para o qual o indivíduo se prepara e todo o decorrer da vida se orienta. Se for mesmo verdade que já começamos a envelhecer desde o nascimento [...] a qualquer momento da vida é nossa tarefa envelhecer bem.

Sendo o envelhecimento inevitável, as pessoas não desejam renunciar a sua independência e autonomia, e a cada ato que lhe é restringindo, nasce então, o sentimento de incapacidade.

2.5 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS IMPOSTO AOS NUBENTES COM IDADE SUPERIOR A DE 70 ANOS

O CC de 2002 trouxe consigo inúmeras mudanças, as quais possui a finalidade de acompanhar a evolução constante determinada pela sociedade. Entretanto, se tratando da autonomia privada referente a escolha do regime de bens imposta aos maiores de 70 anos, é considerado reacionário, visto que, é contrária a política democrática de direito do estado, trazendo como efeito negativo a restrição da liberdade.

Neste sentido, o que é disposto no artigo 1.641, II, do CC é totalmente contrário ao que se é defendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é resguardado diante a Carta Magna, desvinculando completamente a liberdade do indivíduo na constância de seu matrimônio.

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. (DINIZ, 2011, p.132).

O regime da separação legal de bens determina, como já mencionado, à incomunicabilidade total dos bens dos nubentes, a qual traz como justificativa a prevenção de golpes através do matrimônio, buscando assim, proteger o psicológico do idoso acerca de uma possível desilusão e quebra de expectativas.

Outrossim, esse protecionismo exacerbado resulta também na restrição da felicidade do idoso, dificultando assim sua forma de exercer uma união a qual por ele é desejada, e nem sempre é dotada da aprovação de seus familiares, visto que, estes almejam vantagens financeiras em decorrência de seu falecimento, não priorizando sua realização pessoal, sobrepondo interesses patrimoniais.

Qualquer distinção, exclusão ou restrição que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condição dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social, cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e privada. (OEA, 2015, s.p).

Neste sentido, o ato de restringir ao casamento do idoso com idade superior a 70 anos ao regime da legal, os torna incapacitados de decidir o próprio futuro em detrimento de sua idade, o que é contraditório ao discorrido no Código Civil, não estando elencado no rol taxativo de incapacidade civil.

A comunicabilidade dos bens é responsável por transmitir futura segurança aos cônjuges, por meio que, em sua ausência, seja ela por falecimento ou até mesmo em razão da separação, serão resguardados para então, haver a divisão igual dos bens.

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, surgiu como um meio de amenizar parte desta inconstitucionalidade e a injustiça relacionada ao artigo 1.641, II, do Código Civil. Desta forma, o doutrinador Gonçalves (2016, p. 440), designa que:

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal abriu a possibilidade de amenizar o princípio da imutabilidade do regime legal do casamento, ao proclamar que “no regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Permitiu, desse modo, que sejam reconhecidos, no aludido regime, a colaboração esforço comum dos cônjuges.

Em virtude desta, comunicará então, os bens que forem adquiridos em comunhão através do esforço de ambos os cônjuges, de forma onerosa, desde que, comprovado o empenho mútuo na forma de sua aquisição.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.890 – MG (2017/0030582-1)RELATOR:MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) RECORRENTE:G DA C C ADVOGADOS:JULIANA GONTIJO E OUTRO(S) – MG040595 FELIPE GONTIJO SOARES LOPES – MG129000 RECORRIDO:K C DA G RECORRIDO:M A DA G RECORRIDO:T C DA G S RECORRIDO:F E DA S G ADVOGADO:EDMUNDO DINIZ ALVES – MG079546. Trata-se de recurso especial interposto por G DA C C, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: “EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS – RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C COM PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS – UNIÃO ESTÁVEL – REQUISITOS PREENCHIDOS – SEXAGENÁRIO – APLICAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS – RECURSOS NÃO PROVIDOS. Deverá ser reconhecida a existência de união estável se as provas produzidas nos autos demonstram a convivência pública, contínua, duradoura, e estabelecida com “animus definitivo”. A jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser aplicável a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de 60 (sessenta) anos, nos termos do art. 1.641, inc. II, do Código Civil, alterado para 70 (setenta) anos pela Lei nº 12.344/2010, às uniões estáveis, observado, porém, o disposto na Súmula 377 do exc. Supremo Tribunal Federal.” (e-STJ,fl. 1031).

Mediante os artigos 3º e 4º do Código Civil e a Súmula, ambos supracitados, não há que se limitar a pessoa idosa de exercer seus direitos civis, por meio que, esta não é considerada relativamente ou totalmente incapaz, o que se traz mediante a comprovação da jurisprudência que os nubentes estão em pleno direito de gozo de desempenhar seus atos com total liberdade de escolha.

4 OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Apresentar artigos, entendimentos doutrinários e jurisprudências que vão de forma contrária ao disposto no Código Civil, tratando da inconstitucionalidade do regime de bens imposta aos nubentes com idade superior a 70 anos.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Explanar sobre os direitos e capacidade dos idosos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana;

- Apontar o protecionismo exorbitante por parte do Estado;
- Questionar a constitucionalidade imposta ao regime de bens dos contraentes com idade superior a 70 anos;
- Concluir que o artigo 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional, confrontando até mesmo com seu próprio livro.

5 METODOLOGIA

A proposta metodológica para o presente artigo a fim de obter resultados para a problematização apresentada, baseou-se na pesquisa explicativa, buscando conexão entre o pensamento de doutrinadores, com destaque para Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Clóvis Bevilacqua e outros.

O estudo foi realizado e fundamentado em ideias, pressupostos teóricos e no Ordenamento Jurídico brasileiro, construindo conceitos e apresentando divergências quanto a inconstitucionalidade suscitada. Para tal, foram estes estudados de forma secundária, utilizando-se a forma bibliográfica, por meio de trabalhos e artigos acadêmicos, doutrinas e afins, sendo selecionados de forma minuciosa.

Portanto, adotou-se como procedimento de pesquisa a revisão bibliográfica, que consiste na realização da junção de documentos, seja através de livros, artigos, teses, internet, onde ocorrerá a averiguação da veracidade referente aos dados coletados, com a finalidade de obter informações concernentes ao tema da pesquisa.

Transcorreu-se então, o método conceitual-analítico, que se representa por entendimentos de outros autores, os quais possuem explanar o mesmo objetivo deste objeto de estudo. A abordagem será redigida baseando-se na pesquisa qualitativa, não utilizando-se métodos estatísticos e sim da interpretação dos resultados colhidos.

Os movimentos em torno da pesquisa qualitativa buscam confrontar-se com os excessos da formalização, mostrando-nos que a qualidade é menos questão de extensão do que de intensidade. Deixá-la de fora seria deturpação da realidade. Que a ciência tenha dificuldade de a tratar é problema da ciência, não da realidade. (DEMO, 2000, p. 29).

Tais resultados foram obtidos através do método dedutivo, em um processo de análise por meio de citações doutrinárias, de artigo e súmula, para que se possa chegar à conclusão de que é inconstitucional o referido inciso do artigo 1.641, analisando assim, o regime de bens

imposto para maiores de 70 anos. “Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” (GIL, 2008, p. 9).

Com o intuito de alcançar o objetivo, realizou-se uma linha histórica referente ao casamento no Brasil, bem como a explicação dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, suscitando assim, no objetivo almejado por este.

6 ANÁLISE E DISCUSSÃO

O regime de bens baseia-se nos princípios da variedade, mutabilidade e livre escolha. Os nubentes são dotados de liberdade para escolherem o que melhor atender o interesse do casal, podendo até mesmo modificar este regime após a efetivação do casamento. Como toda regra tem sua exceção, o legislador do Código Civil, previu que, ao nubente que possuir idade superior a 70 anos, automaticamente adotará o regime da separação obrigatória de bens, alegando uma forma de protecionismo tanto ao cônjuge quanto aos seus familiares.

No que tange a dissertativa, traz-se um breve dizer de Sílvio Rodrigues:

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, de pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo. (Silvio, 2004, p. 135).

Anteriormente a esta disposição, já era previsto na Constituição de 1988 uma forma de defesa aos direitos dos idosos, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, aludindo disposições específicas ao decorrer dos artigos 229 e 230, ressaltando o dever do Estado em resguardar a dignidade da família e sociedade. Diniz ressalta que:

Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade do nubente. (Diniz, 2005, p. 156/161).

Desta forma, à maneira que o artigo 1.641, II, do Código Civil exclui a capacidade do idoso com idade superior a 70 anos de definir questões patrimoniais que diz respeito ao seu

casamento, é contrária com o postulado prescrito no texto constitucional referente a dignidade humana. Diniz comenta que:

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. (DINIZ, 2011, p.132).

De acordo com o Código Civil em seu artigo 1.517, a idade para habilitar-se ao casamento, inicia-se aos 16 anos, determinada como idade núbil, tanto para o homem quanto para a mulher, de forma igualitária, ressalvando o fato da necessidade da autorização através de um instrumento público dos pais ou representantes legais, exceto casos em que os nubentes sejam emancipados. Na hipótese em que um ou ambos os genitores não exprimirem seu consentimento, existe a possibilidade de solicitar o suprimento judicial, o qual quando conferido será imposto o regime da separação obrigatória de bens. Dessa forma, nota-se que a imposição do regime de bens para nubentes com idade superior a 70 anos, mostra-se inconstitucional, uma vez que confronta a sua própria legislação e os princípios básicos e fundamentais defendidos pela Carta Magna.

Ressalta-se que o legislador no Código Civil de 2002, no que se refere ao regime de bens, definiu de forma automática a capacidade civil do indivíduo levando em consideração apenas a faixa etária, não adentrando em questões subjetivas de cada ser humano. Essa conduta adotou uma postura patrimonialista, remetendo ao Código Civil de 1916, sendo esta forma de proteção patrimonial exorbitante uma das razões pela qual ele foi revogado da ordem jurídica, havendo a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê a liberdade de escolha do indivíduo. Entende-se que a alegação deste protecionismo por parte do Estado, por si só, reduz o discernimento do idoso, lhe colocando como uma pessoa acessível de ser manipulada.

Tartuce discorre neste sentido, sua opinião referente a inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil:

A primeira justificativa é que a norma discrimina o idoso, afrontando o artigo 5º da Constituição Federal. A segunda razão é que atenta contra a liberdade do indivíduo, fundada na sua dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88). A terceira é o desprezo ao afeto, fundado no princípio da solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I, da CF/88). A quarta justificativa é de que a norma protege excessivamente os herdeiros, sendo pertinente citar o dito popular que aduz: filho bom não precisa, filho ruim não merece. A quinta, e última, está relacionada à conclusão de que não se pode presumir a incapacidade de escolha de pessoa que tem mais do que essa idade.

A fim também de um propósito de liberdade de escolha, o Código Civil dispõe em seu artigo 1.513, que: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002). Desse modo, há uma controvérsia por parte do legislador, que não analisou o que já é prescrito na própria norma, visto que, o casamento zela pela comunhão e a vida em família, agindo o Estado de forma autocrática estabelecendo um regime de bens, que talvez em determinado caso concreto não seja suficiente para suprir as necessidades dos cônjuges.

7 CONCLUSÃO

Pela perspectiva do legislador, é notável a obrigatoriedade do regime de bens imposto para os maiores de setenta anos, o que pode ser apontado como inconstitucional, com fulcro na Constituição Federal a qual resguarda os direitos do indivíduo que devem ser garantidos. Instituir este regime de separação obrigatória de bens ao idoso, viola sua autonomia de vontade, pois ele não prioriza o regime que satisfaz suas necessidades, mesmo já possuindo total capacidade para exercer os atos da vida cível.

Além do princípio da livre estipulação do regime de bens, o qual se encontra fundamentado no artigo 1.639 do Código Civil, o qual remete a opção de escolha concedida aos nubentes no que tange ao regime de bens, para que adote aquele que melhor lhes aprouver, apresentou-se também a obrigatoriedade da adoção do regime de separação obrigatória conferida ao idoso, demonstrado a contrariedade aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, os quais são resguardados e defendidos pela Constituição Federal.

O Código Civil de 1916 zelava de forma excepcional ao patrimonialismo, trazendo de forma prioritária a proteção patrimonial, deixando os direitos subjetivos do indivíduo, sendo estes sobrepostos ao patrimônio.

Com a promulgação em 1988 da Constituição Federal, colocou-se como prioridade a vida digna do indivíduo e a liberdade de escolha, o que contribuiu para o avanço no Direito de Família, alavancando a igualdade entre homens e mulheres. No que tange ao regime de bens, tal liberdade é restrita, sendo imposta de acordo com a idade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, sendo esta imposição considerada discriminatória em relação

aos nubentes com idade superior a 70 anos, os quais são considerados incapazes de decidirem o que é melhor para si.

O mencionado dispositivo não examina a atual condição social das pessoas pertencentes à denominada terceira idade, deixando de lado a atual condição social mais ativa e intensa, não adotando novas formas de se verificar a lucidez e a condição intelectual do idoso, o qual não é encontrado no rol taxativo que dispõe sobre a incapacidade civil, presumindo-a de forma automática, devido a idade avançada.

Apesar da intenção de proteção por parte do Estado, foi possível concluir que, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, não condiz com o disposto nos princípios constitucionais e afronta até mesmo a sua própria legislação, verificando essa incoerência através do entendimento majoritário e dos Tribunais Superiores, refletindo essa determinação na dignidade da pessoa humana.

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF THE MANDATORY SEPARATION SYSTEM FOR GOODS OVER 70 YEARS

ABSTRACT

The theme designated on the compulsory property regime for those over seventy years old is analyzed, as provided for in article 1,641, II, of the Civil Code of 2002. This provision demonstrates the inability of the elderly to choose the property regime that best adapt to their needs, thus restricting their freedom of choice and facing the constitutional and fundamental principles of the individual, such as freedom, equality and dignity of the human person. At first, a brief history of marriage in Brazil was presented, identifying changes regarding the concept of family, also highlighting the different types of property regimes and their principles, also focusing on the Elderly Statute. Then, the theory regarding the unconstitutionality of the aforementioned article was developed in view of the principle of human dignity established in the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Unconstitutionality. Property Regime. Seniors. Dignity of human person. Protectionism.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁCQUA, C. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- BRASIL . Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Brasília, v. 132, n. 3, jan. 1994. p. 1-3.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.
- DEMO, P. *Metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Atlas, 2000.
- DINIZ, F. P. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.
- 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, p. 156/161.
- FARIAS, C, C. ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil*, 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, vol. 6.
- FINDLAY, E. A. G.; COSTA, M. A. GUEDES, S. P. L. C. *Guia para elaboração de projetos de pesquisa*. 2. ed. Joinville: Leitura, 2006.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, Antonio Carlos. *Método e Técnicas de Pesquisa Social*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011. .
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUSTI, J.;VIEIRA, T.P.*Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lat sensu e stricto senso*. Rio Verde: Ed.UniRV, 2016.
- LOBO, P. L. N. *Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, A. V. (Coord.). Código civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003, v. 16.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CÍVEL nº AC: 70059211425. Apelante: Pedro Jacinto Lazzari. Apelado: Dilene Marilize Neske Lazzari. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Rio Grande do Sul, RS, 06 out. 2014. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151177468/apelacao-civel-ac-70059211425-rs/inteiro-teor-151177478?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 jun. 2020.
- RODRIGUES, S. *Direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

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;

SCHOPENHAUER, A. *A arte de envelhecer, ou, senilia*. Org. Franco Volpi. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 5 - Direito de Família*. São Paulo: 10ª edição. ed. Método, 2015.

TAVARES, A.R. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.