



•NOVA•
UCSAL

UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
CURSO DE DIREITO

TAÍS MATOS MARTINS

A VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

SALVADOR

2023

TAÍS MATOS MARTINS

**A VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS:
UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE**

Artigo de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Teila Rocha D'albuquerque

SALVADOR

2023

A VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE

PROHIBITION OF CHOOSING THE PROPERTY REGIME FOR PEOPLE OVER 70 YEARS OF AGE: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF (IN)CONSTITUTIONALITY

Autor: Tais Matos Martins

Orientador: Prof. Ms. Teila Rocha D'albuquerque

RESUMO

Trata-se de Artigo de Conclusão de Curso que se propôs a entender, estudar e analisar a (in) constitucionalidade da vedação a escolha do regime de bens para o casamento de maiores de 70 anos, com a imposição do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas idosas, conforme o art. 1.641, II do Código Civil. Nesse sentido, o trabalho apresentou a visão doutrinária e jurisprudencial, bem como o estudo do casamento e da capacidade civil, além dos regimes de bens trazidos pelo ordenamento jurídico, envolvendo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Além disso, como ponto focal de estudo, teve como amparo o Estatuto da Pessoa Idosa e suas prerrogativas. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, a legislação e artigos científicos. Como resultado, pode-se notar uma divergência doutrinária a questão, já que parte da doutrina delimita que a imposição é mera proteção ao patrimônio do idoso e outra parte afere a sua inconstitucionalidade diante da afronta aos princípios constitucionais.

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

ABSTRACT

This is a Course Completion Article that proposes to understand, study and analyze the (un)constitutionality of the prohibition of choosing the property regime for marriages of people over 70 years of age, with the imposition of the mandatory separation of property regime for them, pursuant to art. 1641, II of the Civil Code. In this sense, the work presented the doctrinal and jurisprudential vision, as well as the study of marriage and civil capacity, in addition to the property regimes brought by the legal system, involving the constitutional principles of human dignity, equality and freedom. In addition, as a focal point of study, it was supported by the Statute of the Elderly and its prerogatives. For this purpose, bibliographical research, legislation and a brief jurisprudential analysis were used. As a result, a doctrinal divergence can be noted in the matter, since part of the doctrine delimits that the imposition is mere protection of the elderly's assets and another part assesses its unconstitutionality in the face of the affront to constitutional principles.

Keywords: Family Law. Property system. Elderly. Unconstitutionality. Dignity of human person.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA IDOSA. 3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO 3.1 Do regime de bens.3.1.1 Do regime de separação obrigatória de bens. 4. A ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a vedação à escolha do regime de bens para maiores de 70 anos, sob a perspectiva da (in)constitucionalidade. A escolha do tema se justifica pela relevância e atualidade do assunto, uma vez que o envelhecimento populacional é uma realidade crescente na sociedade, de modo que se torna necessário a reflexão no que tange os direitos e garantias da pessoa idosa.

Ao atingir a idade de 70 anos, os indivíduos passam por restrições legais em relação à tomada de decisões no que tange a sua vida, inclusive na liberdade de escolha do regime de bens para o casamento. A legislação brasileira impõe a eles a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens, independentemente de sua vontade ou circunstâncias pessoais.

Diante dessa situação, surge o questionamento a respeito da constitucionalidade da restrição imposta aos maiores de 70 anos. É inconstitucional a vedação da escolha do regime de bens para os idosos maiores de 70 anos?

Nesse sentido, analisaremos o regime de bens imposto para os maiores de 70 anos a definir se há (in) constitucionalidade dentro dos princípios constitucionais aplicáveis. Para tanto, será analisado a capacidade civil da pessoa idosa, bem como a definição de pessoa idosa para o ordenamento jurídico e a conceituação do casamento, delimitando os regimes de bens existentes, com ênfase no regime de separação obrigatória de bens, estabelecido para os maiores de 70 anos.

Considerando que o legislador determina a vedação da escolha do regime de bens para os maiores de 70 anos é devida a essas pessoas idosas serem vulneráveis e frágeis, e que a separação de bens seria para resguardar a pessoa idosa do casamento que tenha mero interesse financeiro e patrimonial. Ao dizer que as pessoas idosas são pessoas vulneráveis e frágeis parte a entender que esses indivíduos não possuem a plena capacidade civil, não tendo discernimento para exercer suas obrigações.

Muito embora se entenda que a imposição do regime de separação obrigatório seja imposta em decorrência da tentativa de proteger o patrimônio do maior de 70 anos, tal imposição pode colocar rédeas à capacidade de contratar da pessoa idosa, afinal, o casamento também é um contrato com expressão de vontade das partes.

Por isso, a discussão gira em torno da constitucionalidade do art. 1.641, II do diploma Civil, já que mesmo diante da capacidade plena do idoso, não sendo a condição etária um cercador no exercício da vida civil, o art. impõe uma vedação imponente.

Portanto, diante da relevância social e jurídica do tema, é fundamental aprofundar o estudo do tema, visando contribuir para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas idosas e promover uma reflexão crítica sobre o papel do Estado na regulação das relações patrimoniais nesse contexto específico.

2 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA IDOSA

A pessoa idosa é aquela que está em uma fase avançada da vida, a legislação brasileira estipula que são indivíduos a partir de 60 anos. Esse conceito se encontra na Política Nacional do Idoso, a Lei Federal 8.842/94, nos artigos 1º e 2º do Estatuto da Pessoa Idosa, a Lei Federal 10.741/03 e estando em concordância com o estabelecido pela Organização Mundial de Saúde, sendo que essa definição pode variar conforme os contextos e culturas, já que em muitos países os 65 anos são o marco de entrada para a terceira idade.

Segundo Simone de Beauvoir (1970), a imagem que a sociedade propõe a pessoa idosa é de um sábio de cabelos brancos, rico em experiência e vulnerável, que domina, de muito alto, a condição humana; se dela se afasta, cai no outro extremo: a imagem que se opõe à primeira é a do velho louco, que caduca e delira e de quem as crianças zombam.

O envelhecimento é um processo natural e gradual determinado por fatores genéticos e ambientais (DA COSTA et al., 2016), tornando o organismo humano suscetível a uma série de alterações fisiológicas, que irão dificultar a adaptação do indivíduo ao meio (HARRIDGE, LAZARUS, 2017). Entretanto, o processo não é igual para cada indivíduo, ou seja, a idade cronológica pode diferir da idade biológica (LAUENROTH; IOANNIDIS; TEICHMANN, 2015), para garantir os direitos das

peças nessa faixa etária foi necessário a criação de uma legislação própria para garantir os direitos das pessoas idosas.

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa Idosa é uma legislação esparsa criada visando garantir os direitos das pessoas idosas e promover a sua inclusão na sociedade, regulamentada pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Não obstante, muito antes de existir uma regulamentação específica sobre o tema, a Constituição Federal de 1988 trouxe um contexto sobre o direito da pessoa idosa, redigindo em seus direitos fundamentais, normas e princípios voltados a garantia da saúde, segurança e igualdade, inclusive ao idoso.

Porém, de fato, o Estatuto do Idoso foi uma grande alegoria jurídica, já que definiu proteção integral às pessoas acima de 60 anos, bem como um maior dever de garantia pelo Estado e pela família.

Nesse ínterim, Alcântara (2016, p. 364) aduz que a ideia da criação do Estatuto da Pessoa Idosa veio a partir de uma falta de efetividade das medidas já existentes para a proteção do idoso, como, por exemplo, pela Política Nacional do Idoso, tratando-se, portanto, de uma experiência social, dando ênfase no fato de que o Estatuto da pessoa Idosa é uma reafirmação a direitos já antes abarcados pela Constituição Federal.

Sabendo da definição legal e legislação aplicável à pessoa idosa, é de suma importância abordar sobre o instituto da capacidade civil dentro do tema, a fim de delimitar sobre a capacidade civil da pessoa idosa.

Nesse sentido, a capacidade civil se refere à habilidade de uma pessoa exercer seus direitos e cumprir suas obrigações de forma plena e autônoma. É importante pontuar que a capacidade civil não está relacionada a idade cronológica, mas sim à capacidade mental e intelectual de cada indivíduo.

O Código Civil Brasileiro define o conceito de capacidade civil e estipula dois tipos de capacidade, a capacidade de fato e a de direito, a junção das duas formam a capacidade plena, como informa arts. 3º e 4º, sendo o artigo 3º referente aos absolutamente incapazes (menos de 16 anos), os quais devem ser representados para todos os atos da vida civil e no artigo 4º quanto aos relativamente incapazes, sendo estes enumerados em um rol taxativo, vejamos:

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.

A capacidade da pessoa idosa é um assunto de grande importância, sendo que diz respeito aos direitos e à autonomia dessa parte da população que, com o avanço da idade, pode enfrentar desafios e limitações. A idade avançada não deve ser automaticamente associada à incapacidade civil, é fundamental reconhecer que essas pessoas possuem experiência de vida, conhecimentos acumulados e sabedoria que devem ser valorizados.

Não obstante, diante da disposição legal, vê-se que no quesito idade, a partir dos 18 anos torna-se plenamente capaz para todos os atos da vida civil, sendo que ela somente cessa com a morte, não havendo qualquer desfecho etário para seu declínio.

No que tange a capacidade civil da pessoa idosa, deve ser avaliada de forma individual, levando em consideração as habilidades e competências da pessoa idosa, é importante ressaltar, que em alguns casos, devido às questões de saúde ou fragilidades decorrentes da idade, pode ser necessário tomar medidas para garantir o bem-estar e segurança da pessoa idosa. Nessa situação, a Lei prevê a possibilidade da nomeação de um representante legal ou curador para auxiliar na tomada das decisões, ou agir em nome da pessoa idosa, sempre buscando preservar a sua dignidade e autonomia.

Conquanto, a velhice não pode ser tratada como uma doença, a fim de condicioná-la sempre a necessidade de representação do idoso, já que, na prática, muitas vezes, a vulnerabilidade da pessoa idosa é vista como um limitador de sua condição de exercer todos os atos da vida civil. Portanto, a regra é que a pessoa maior de 70 anos sempre está capaz para os atos da vida civil, vigorando a exceção no caso da necessidade de interdição, como estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência, havendo a necessidade de comprovar tal limitação, de modo que o critério para tal relativização se aquiesce na deficiência e não no critério etário.

Ao passo em que será discorrido sobre a capacidade civil da pessoa idosa, esclarecendo que a idade não é razão para a sua cessação, é indubitável relacionar a capacidade de contratar com a possibilidade de livre escolha do regime de bens adotado, já que seu caráter também é negocial.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASAMENTO

Tido como um dos institutos jurídicos mais antigos, o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas que possuem o intuito de constituir família, caracterizado por ato jurídico negocial, solene e público, isso na visão de Lobo (LÔBO, 2023, p. 46).

É justamente diante do caráter negocial e econômico que envolve o casamento, que o legislador viu a grande necessidade de ter uma regulamentação tão robusta para a formação desse contrato, inclusive pelo fato de ser o precursor da entidade familiar.

Não obstante, o conceito e o regramento que envolve o casamento já passaram por diversas mudanças ao longo do tempo, principalmente diante da mudança histórica e social, ressaltando a igualdade entre homens e mulheres e se alinhando as novas formas de família.

Nesse sentido, cumpre mencionar que muito embora a lei e a parte da doutrina mencionem que o casamento é a união entre o homem e a mulher, já se admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme o Enunciado nº 601 da VII Jornada de Direito Civil.

Assim, para fins legais não há que se falar em diferenciação para os casamentos homoafetivos e heteroafetivos, conforme o princípio da igualdade e isonomia, estampado em nosso ordenamento jurídico.

Ainda cercado as grandes mudanças sofridas pelo casamento, há que se pontuar a união estável, uma espécie de entidade familiar configurada pela convivência pública, contínua e duradoura e que ganhou um artigo próprio no Código Civil de 2002, o art. 1723.

Nesse sentido, vige a isonomia entre aqueles que se regem pelo casamento ou pela união estável, conforme dispõe o art. 1.724 do diploma civil, fundamentando a união estável nos mesmos deveres consagrados ao casamento. Como explica Carlos Roberto Gonçalves, para que se constitua a união estável faz-se necessário a convivência como principal elemento, vejamos:

É mister uma comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, em situação similar à de pessoas casadas. Envolve a mútua assistência material, moral e espiritual, a troca e soma de interesses da vida em conjunto, atenção e gestos de carinho, enfim, a somatória de componentes materiais e espirituais que

alicerçam as relações afetivas inerentes à entidade familiar. (GONÇALVES, 2023, p. 246).

Conquanto, diferente do casamento, a união estável não é considerada um negócio jurídico, mas sim um ato-fato jurídico, já que a manifestação de vontade não é fator primordial para a sua configuração, é o que explica Lobo:

Os fatos jurídicos são classificados em três tipos: a) fatos jurídicos em sentido estrito ou involuntários; b) atos-fatos jurídicos ou atos reais; c) atos jurídicos em sentido amplo ou voluntários (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos. Considerando se o papel da manifestação da vontade, teremos: nos fatos jurídicos em sentido estrito, não existe vontade ou é desconsiderada; no ato-fato jurídico, a vontade está em sua gênese, mas o direito a desconsidera e apenas atribui juridicidade ao fato resultante; no ato jurídico, a vontade é seu elemento nuclear. Nessa classificação, adotada pela doutrina brasileira, o casamento é ato jurídico formal e complexo, enquanto a união estável é ato-fato jurídico. Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe. (LÓBO, 2023, p. 78)

Logo, sabendo da força que rege o casamento, em suas diversas formas, verifica-se que a sua natureza jurídica tem ramo no direito contratual, sendo considerado um negócio jurídico, haja vista a necessidade de autonomia da vontade dos nubentes, tendo, inclusive, como causa de nulidade, qualquer vício relativo à existência do contrato, como a coação, por exemplo.

Sendo o casamento um negócio jurídico, cumpre esclarecer que a ele é aplicável os princípios regentes dos contratos, principalmente da autonomia da vontade. Este, por sua vez, pode ser conceituada por Azevedo:

A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É à 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. (AZEVEDO, 2019, p. 21).

O prisma negocial do casamento segue a teoria contratualista, aceita pela maior parte da doutrina, a qual entende que a união em casamento, por ter sua forma escrita em lei, com um rito solene de celebração, em que os nubentes declaram a

vontade de adotar um determinado regime, tem-se a prevalência da autonomia da vontade, como elucida os ensinamentos de Garcia (2018. S.P).

Noutro tocante, ante a rigidez do casamento, sendo ato solene assistido pelo Estado, o seu processo de habilitação rigoroso, previsto a partir do art. 1.525 do CC, busca verificar se todos os requisitos expostos em lei restam preenchidos, além de verificar se não há qualquer óbice diante de tantas imposições legais.

Isto é, a preparação para o casamento pressupõe uma necessidade de verificar se todos os nubentes possuem capacidade civil para o casamento, esta, por sua vez, estabelecida em 16 anos, conforme o art. 1.517 do CC.

Além disso, atenção especial há no processo de habilitação quanto aos impedimentos matrimoniais disciplinados no art. 1.521 do diploma legal e as causas de suspensão do casamento, rogadas pelo art. 1.523.

É possível verificar que a solenidade que há em relação ao casamento, razão pela qual leva a admitir que a teoria contratualista está correta ao dizer que a natureza jurídica do casamento é negocial.

3.1. DO REGIME DE BENS

No caput deste capítulo é descrito que o casamento é um ato negocial e que por isso deve vigor o princípio da autonomia da vontade, tanto em razão da manifestação da vontade de se casar, quanto na escolha do regime de bens dos nubentes. Nesse sentido, notória é a escolha do regime de bens para a configuração e formalização do casamento.

Pela conceituação de Rizzardo, o regime de bens:

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 (RIZZARDO, 2019, p. 861).

Logo, pelas palavras do ilustre, temos que o regime de bens é de suma importância para os nubentes, sendo o meio pelo qual se manifesta o caráter econômico do casamento, uma vez que é através dele que se define as diretrizes do patrimônio adquirido na constância do casamento, no caso de divórcio ou morte, para e regulação da divisão de bens.

Para tanto, o art. 1.639 do CC disciplina que é ilícito aos nubentes a escolha do regime de bens antes da celebração do casamento, vigorando a partir da data do casamento.

Cumprido esclarecer que em decorrência de a união estável ser ato-fato jurídico, o ordenamento jurídico estabeleceu um regime de bens padrão, quando da sua constituição, sendo este o regime de comunhão parcial de bens.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça¹ já se posicionou a fim de evitar que a união estável seja uma válvula de escape a disposição legal impositiva aos maiores de 70 anos, de modo que a determinou que as mesmas restrições do casamento devem ser impostas a união estável, já que o contrário poderia gerar um desestímulo a consolidação solene do casamento.

A saber, como já enumerado anteriormente, os regimes de bens são regidos por princípios fundamentais, sendo um dos mais importantes à questão, o princípio da autonomia privada, inclusive sobre a exegese do citado art. 1.639 do Código Civil.

Em que pese o princípio vise garantir que os indivíduos manifestem sua vontade ao constituir tal obrigação e dever, quanto aos nubentes maiores de 70 anos, essa autonomia não foi observada.

¹ STJ. REsp nº 1090722 / SP. RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTESES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meaçaõ, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (STJ – REsp: 1090722 SP 2008/0207350-2, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 02/03/2010, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2010) 32 CC/02Art. 1.639. É ilícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

A saber, o ordenamento jurídico coloca à disposição quatro diferentes princípios, sendo eles o regime de comunhão parcial de bens, regime da comunhão universal de bens, regime da separação de bens, sendo este legal ou convencional e o regime de comunhão final dos aquestos.

É no momento da habilitação do casamento que os nubentes fazem tal escolha, lecionando Gonçalves que:

No silêncio das partes, ou se a convenção for nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, por determinação do art. 1.640 do Código Civil. Por essa razão, tal regime é chamado também de regime legal ou supletivo. (GONÇALVES, 2023, p. 175)

Ademais, no processo de escolha os nubentes podem, inclusive, estipular regras, deveres e direitos de cada um por parte do pacto antinupcial, sendo este adotado exclusivamente quando o regime escolhido não for o da comunhão parcial. A respeito, Tartuce pondera que o pacto antenupcial é um contrato formal e solene (TATURCE, 2023, p. 1236).

Será vislumbrado com mais afinco o regime de separação obrigatória de bens, eis que objeto do presente estudo.

3.1.1. DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Como conceito de Tartuce (TARTUCE, 2023)., no regime de separação total de bens ocorre o isolamento patrimonial dos cônjuges, podendo este ser convencional, tendo por base o pacto antenupcial ou obrigatório, como ocorre na imposição do nubente maior de 70 anos.

Assim, independentemente de sua convencionalidade ou obrigatoriedade, esse regime de bens é caracterizado pela total incomunicabilidade dos bens independente do momento em que são adquiridos, como explica Coelho:

No regime da separação absoluta, nenhum dos bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, se comunicam (CC, art. 1.687). A administração e a livre disponibilidade desses bens é titulada exclusivamente pelo cônjuge a quem pertence, que prescinde da anuência do outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal — que, a exemplo do que se verifica nos demais regimes, são custeadas por contribuições proporcionais de cada cônjuge (art. 1.688) —, o casamento celebrado nesse regime não produz efeitos patrimoniais. (COELHO, 2020, p. 118).

Justamente pelo fato de os bens serem totalmente comunicáveis é que não opera a exigência de que os cônjuges anuem para a disposição deles, validade indispensável nos demais regimes.

Disposto a partir do art. 1.687 até o art. 1.688 do diploma civil, Azevedo (2019, p. 434) evidencia que por esse regime cada cônjuge continua a titular dos direitos que possuía antes do casamento e os adquiridos na constância desse, havendo dois patrimônios, um do marido e outro da mulher.

Em hipóteses determinadas no art. 1.641 do Código Civil, o legislador se preocupou em rogar hipóteses em que esse regime deve vigor de forma obrigatória para possibilitar a realização do casamento, tratando-se, portanto, do regime de separação obrigatória de bens. Vejamos:

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

Com dada atenção, vejamos o inciso II, enumerando que é obrigatório o regime de separação total de bens da pessoa maior de 70 anos. Há de se mencionar que o intuito principal do legislador foi garantir certa proteção a pessoa idosa que contrai o matrimônio.

Não obstante, cumpre salientar que conforme o entendimento sumular nº 377 do STF, em que pese o referido regime legal tenha o condão de reger a total incomunicabilidade dos bens, há a ressalva dos bens adquiridos por esforço comum do casal, permanecendo então a possibilidade de meação. Inclusive, o mesmo ocorre na união estável do maior de 70 anos, como elucida a Edição 50 de Jurisprudência em teses do STJ:

Na união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/02), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum (BRASIL, 2016, p. 3).

Anteriormente à redação dada pela Lei nº 12.344/2010, o art. 1.641, II do CC mencionava que a idade para imposição legal era de 60 anos, sendo justificada a alteração em decorrência do aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Popularmente falando, um dos maiores intuitos da imposição é evitar a prática do chamado “golpe do baú” contra os idosos, conforme ensina Arnaldo Rizzardo:

“visa a lei prevenir situações de casamentos de pessoas com excessiva diferença de idade, quando a mais novo nada mais procura que servir-se do casamento para conseguir vantagem econômica, ou seja, participar do patrimônio do cônjuge mais idoso” (RIZZARDO, 2019, p. 1048).

Em que pese o cuidado legislativo, a vedação a livre escolha fere diversos direitos constitucionais, como a liberdade, igualdade, autonomia privada e vem dividindo a opinião da doutrina quanto a constitucionalidade do referido artigo.

4. A ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL

Tecidos as considerações sobre o casamento, o regime de bens, com especificação do regime de separação obrigatória de bens e proteção legislativa da pessoa idosa, passaremos a discutir sobre a (in) constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, diante da vedação da escolha do regime de bens pela pessoa maior de 70 anos.

A norma fere direitos fundamentais e princípios expostos no ordenamento jurídico, em que pese a prerrogativa tenha o intuito de proteger o patrimônio do idoso, a proibição afeta a autonomia da manifestação da vontade do indivíduo, cerceando direitos e o princípio da igualdade.

A doutrina e a jurisprudência se dividem com relação à constitucionalidade do artigo, portanto, serão vistos os determinados argumentos.

Quando da alteração da norma em 2010, a qual alterava a idade da vedação de 60 para 70 anos, o Conselho Nacional de Justiça propôs a sua revogação, conforme o Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil, sob o fundamento de que a norma mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário passam a gozar a da presunção de absoluta incapacidade para alguns atos. No mesmo sentido, Rosenvald e Chaves aduzem:

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu (2017, p. 309-310).

Logo, seguindo a mesma lógica, Pamplona Filho e Gagliano (2021, p. 118), ressaltam que o artigo 1.641, II fere o princípio da dignidade da pessoa humana,

colidindo com o texto maior, também em razão do princípio da isonomia, haja vista a velada forma de interdição parcial do idoso. Rolf Madaleno (2021, p. 804) acrescenta:

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 (MADALENO, 2021, p. 804).

Rechaçam os autos que a idade avançada por si só não é causa de incapacidade, já que tendo dúvidas sobre a aplicação de um possível “golpe” faz-se necessário instaurar um procedimento para verificar a necessidade de interdição e não uma generalidade proibitiva que mais fere direitos do que protege. Lobo (2023, p. 158), também se pronunciou dizendo que a hipótese é atentatória ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, reduzindo a sua autonomia e estabelecendo restrição a sua liberdade.

Não se questiona sobre a idade em si, ou seja, se 60 ou 70 anos, mas sim sobre a existência de um fator etário limitante para a contratação ser de livre e espontânea vontade.

Se a idade fosse a solução para proteger o patrimônio do nubente idoso, não haveria qualquer diferença entre o nubente de 69 ao de 70 anos, ou seja, percebe-se que a limitação com base na capacidade do nubente, de forma individualizada, seria a solução mais adequada para proteger seu patrimônio. Logo, para a doutrina a norma é inconstitucional, já que a capacidade só poderia ser afastada mediante processo judicial de interdição.

Além disso, o artigo viola preceitos e normas estabelecidas no Estatuto da Pessoa Idosa, criado com base na proteção integral da pessoa com idade superior a 60 anos, especificamente pelo que estabelece o art. 2 da lei:

Art. 2 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.

Não obstante, fortalecer o entendimento por meio da lei de que somente haveria interesse econômico no casamento de pessoas idosas, foge da guarida

estabelecida ao instituto do casamento, qual seja, estabelecer a união afetiva por meio de um ato formal e solene, o que, inclusive, dá margem perpetuação da união estável que muito embora guarneça de mesmos direitos, tem uma facilitação para o reconhecimento de bens. O que explica Dias “Dito tratamento desigualitário deixa as uniões extramatrimoniais com maior liberdade de autodeterminação, até pela possibilidade de ser convencionada contratualmente toda e qualquer avença, sem nenhuma restrição” (DIAS, 2009, p.11).

Conquanto, há parte da doutrina que defenda o artigo, como Monteiro (2017), o autor aduz que o poder de contratar por livre vontade ainda é limitado pela lei, como segue os contratos privados, portanto, a limitação é uma proteção patrimonial do idoso, assim como há proibições de venda de bens imóveis sem a anuência do cônjuge meeiro. Logo, o homem pode fazer tudo que a lei não proíba. Miranda entende que:

[...] para evitar explorações, consistentes em levar ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou cerce a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação de bens (MIRANDA, 2001, p. 219).

O mesmo entendimento tem Rizzardo (2019) naqueles casos em que o cônjuge mais novo tem uma idade relevantemente diferente do septuagenário, já que desde logo se presume que o intuito do casamento é meramente financeiro.

Diante da clara divergência doutrinária sobre o tema, o RE 130962, sob o reconhecimento da repercussão do Tema 1236, aguarda decisão do STF quanto a constitucionalidade do artigo.

De um lado vê-se a intenção do legislador em dar maior proteção ao patrimônio do idoso e seus sucessores, bem como assegurar que o mesmo não incorra em vícios, como a realização de um casamento baseado tão somente no interesse financeiro, de outro, há afronta ao princípio da igualdade e a presunçosa imposição de que a pessoa de idade avançada é incapaz, sem que o mesmo tenha sofrido qualquer tipo de processo de interdição, indo ao encontro do que estipula o princípio da dignidade da pessoa humana.

Limitar a autonomia do idoso maior de 70 anos àqueles que procuram uma união solene, demonstra precípua arrogância a sua capacidade em decidir pelo seu próprio patrimônio.

Assim, há que se aguardar a decisão do STF sobre o tema já afetado, conquanto, resta evidente a inconstitucionalidade o art. 1.641, II do CC, haja vista que ofende a princípios constitucionais e até mesmo a própria intenção de proteger o Idoso, togado pelo Estatuto da Pessoa Idosa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou contemplar a análise da inconstitucionalidade do art. 1641, II do CC, o qual dispõe sobre a vedação à escolha do regime de bens a nubentes maiores de 70 anos.

Assim, buscou-se elucidar de forma clara quanto o que o ordenamento jurídico aduz sobre a capacidade civil, o que fez importante para entender quem são aqueles livres para contratar. Logo, pelo estudo, evidenciou-se que a capacidade civil plena se inicia aos 18 anos, não havendo qualquer limitador etário para a sua cessão, mas tão somente a verificação de incapacidade por meio de processo adequado de interdição.

Foi abordado a análise do conceito e natureza jurídica do casamento, tendo assim, ao longo do tempo, o conceito e as regras do casamento passaram por mudanças, especialmente para garantir a igualdade de direitos entre homens e mulheres e reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além do casamento, existe a união estável, configurada pela convivência contínua e duradoura e possui os mesmos deveres e direitos do casamento. Enquanto o casamento é considerado um negócio jurídico, a união estável é um ato-fato jurídico. Ambos têm sua base no direito contratual e são regidos pelos princípios da autonomia da vontade. O casamento passa por um processo de habilitação rigoroso, verificando a capacidade civil dos nubentes e a ausência de impedimentos legais. Isso evidencia a natureza negocial e solene do casamento.

Ainda, diante dos 4 regimes de bens existentes, foi abordado o regime de separação total de bens de forma mais detalhada, sendo este caracterizado pelo isolamento patrimonial dos cônjuges, sendo aplicado tanto de forma convencional, por meio de pacto antenupcial, quanto de forma obrigatória, como no caso do nubente maior de 70 anos, logo, não há comunicação de bens entre os cônjuges, independentemente do momento em que foram adquiridos.

Ao final, passamos ao estudo da vedação ao exercício da autonomia de vontade para a escolha de regime de bens no casamento de pessoa com idade superior a 70 (setenta) anos, demonstrando a discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma limitadora.

Em sede de argumentos, foi verificado que aqueles que defendem a constitucionalidade do artigo fundamentam que tal proibição é eminentemente um dever do Estado, o que utiliza do seu poder impositivo para limitar a autonomia dos contratos.

De outro lado, os defensores da inconstitucionalidade defendem que tal imposição viola inúmeras princípios constitucionais, principalmente da dignidade da pessoa humana e da igualdade, já que condiciona a idade avançada do idoso a um limitador de capacidade e discernimento.

Assim, considera-se posição mais assertiva aquela que pondera pela inconstitucionalidade, já que não haveria que se falar em qualquer tipo de tentativa de proteção que tivesse como consequência a afronta a princípios constitucionais balizares.

REFERÊNCIAS

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

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

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

BRASIL. Superior tribunal de justiça. **Jurisprudência em teses**. 2016. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2050%20-%20Uniao%20Estavel.pdf. Acesso em 15 de maio de 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

DA COSTA João Pinto e colaboradores. A synopsis on aging-theories, mechanisms and future prospects. **Ageing research reviews**, v. 29, p. 90-112, 2016.

DE BEAUVOIR, Simone. **A velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1970.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 37º. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 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.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Olinda Caetano. **Casamento: Natureza jurídica**. Jus.com.br, São Paulo, dezembro de 2018. Não paginado. Acesso em maio de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LAUENROTH, Andreas; IOANNIDIS, Anestis; TEICHMANN, Birgit. A proposed panel of biomarkers of healthy ageing. **BMC Medicine**, v. 13, n. 1, p. 222-230, 2015.

LÔBO, Paulo **Direito Civil: Famílias**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 38 ed. (Regina Beatriz Tavares da Silva. atualização), 2007, v. 2.
NASCIMENTO, Marcelo de Maio. A velhice segundo Simone de Beauvoir: considerações para uma gerontologia do envelhecimento. **Corpoconsciência**, v. 25, n. 3, p. 237-250, set./ dez., 2021.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201, v. V.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2019.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. Ed. São Paulo: Editora Método, 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 23º. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

Moraes, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. – 39. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2023.

FERNANDES, Juliana Mendes. Derrotando o etarismo? Uma análise sobre as possibilidades de flexibilização do regime obrigatório de separação total de bens para maiores de 70 anos. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2022.

Medeiros, A. A. de., Neves, H. M. C., & Vilela, JanaínaA. (2022). ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS. *Revista Ibero-Americana De Humanidades, Ciências E Educação*, 8(6), 681–695. <https://doi.org/10.51891/rease.v8i6.5943>