



UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO



JULIO CESAR DE LUCENA REIS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS NUBENTES MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS**

SÃO PAULO

2022

JULIO CESAR DE LUCENA REIS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS NUBENTES MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS**

SÃO PAULO

2022

JULIO CESAR DE LUCENA REIS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS NUBENTES MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS**

Trabalho de Conclusão do Curso para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando do Vale de
Almeida Guilherme

SÃO PAULO

2022

JULIO CESAR DE LUCENA REIS

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS NUBENTES MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS**

Trabalho de Conclusão do Curso para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, Isa e Paulo, por todo o apoio concedido durante a graduação, bem como durante a elaboração deste trabalho. O amparo emocional é, sobretudo, um grande aliado nesses períodos. Sempre é fundamental termos a ajuda familiar, visto que uma graduação é sempre algo árduo, mas que, com as pessoas que amamos ao nosso lado, tudo fica mais descomplicado e cristalino.

À minha namorada, Ana Livia, por ser uma pessoa incrível e extremamente compreensível nestes momentos de dificuldade. Sua ajuda sempre será lembrada com muito amor e carinho. Certamente, considero essa conquista mais uma parte de nossa história.

A Deus, por ter me guiado nesta jornada. Agradeço por ter sido minha força motivadora nos momentos mais difíceis e complexos.

Aos meus amigos que fiz durante esta graduação. A todos, sem exceção, meus sinceros agradecimentos.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, por ter me proporcionado momentos tão marcantes e inesquecíveis em minha vida. A vida acadêmica é algo que levarei com olhares positivos pro resto da minha vida.

Por fim, ao meu orientador, Professor Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, por toda a sua atenção para com a minha pessoa. Sua dedicação em auxiliar a conclusão deste trabalho foi algo imprescindível.

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade a discussão acerca da imposição do Regime de Separação Obrigatória aos Nubentes Maiores de 70 (Setenta) Anos, através de uma reflexão geral do Estatuto da Pessoa Idosa, do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, entre outros artigos da legislação, bem como a Súmula 377 do STF e a Carta Magna de 1988. Ainda, este trabalho consiste em uma argumentação embasada em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, que auxiliaram na conclusão deste estudo. No mais, nota-se que, dentro de nosso Estado Democrático de Direito, é de extrema importância que nossa sociedade seja pautada pela igualdade a todos os cidadãos, uma vez que qualquer atitude ou comportamento discriminatório ensejaria em violação aos princípios que sustentam nosso ordenamento jurídico. No presente caso, de certo que impor uma restrição a um determinado grupo de indivíduos, qual seja as pessoas idosas, ainda que com o pretexto de proteção, é agir de modo arbitrário e contrário à nossa Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual o trabalho a seguir tenta explicitar os problemas e os perigosos ao impor o regime de separação obrigatória aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos sendo, inclusive, uma afronta à nossa segurança jurídica, como será mostrado adiante. Através dos argumentos que serão trazidos à tona, não restarão dúvidas acerca da Inconstitucionalidade no tocante à essa vedação, responsável por desencadear um tratamento desigual e desrespeitoso para com as pessoas idosas. Destarte, ao longo do trabalho ficará evidente que esta proibição não se encontra concernente aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, da autonomia privada, entre outros, os quais são inerentes a todos cidadãos e devem, necessariamente, ser respeitados. Ainda, pode-se mencionar que tal assunto representa uma grande relevância, tanto jurídica quanto social, uma vez que comporta o tratamento do Estado concedido aos sujeitos idosos que, com a presente evolução de nossa sociedade, vêm cada vez mais representando uma parcela significativa de nossa população. Ao final disso, destaca-se, ainda, que a família é a base de nossa sociedade, a qual é concretizada e formada através do casamento, onde os envolvidos possuem o livre arbítrio de escolha no tocante ao regime de bens, ao passo que vedar essa liberdade de escolha pode ser considerado uma ameaça à consolidação de novas famílias, ou ainda, de certa forma um desincentivo à tal prática.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa Idosa, Direito Civil, Inconstitucionalidade, Casamento, Direito de Família, Direito das Famílias, Estatuto da Pessoa Idosa, Regime de Separação Obrigatória de Bens, Princípios e Direitos Constitucionais, Artigo 1.641/inciso II, Código Civil, Súmula 377/STF.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the imposition of the Mandatory Separation Regime to the Engaged Persons Over 70 (Seventy) Years, through a general reflection of the Statute of the Elderly, of article 1.641, item II, of the Civil Code, among others. articles of the legislation, as well as the Precedent 377 of the STF and the Magna Carta of 1988. Also, this work consists of an argument based on jurisprudential and doctrinal understandings, which helped in the conclusion of this study. Furthermore, it is noted that, within our Democratic State of Law, it is extremely important that our society be guided by equality for all citizens, since any discriminatory attitude or behavior would lead to a violation of the principles that support our legal system. In the present case, it is certain that to impose a restriction on a certain group of individuals, namely the elderly, even with the pretext of protection, is to act arbitrarily and contrary to our Federal Constitution of 1988, reason for which the following work tries to explain the problems and the dangerous ones when imposing the mandatory separation regime to the spouses over 70 (seventy) years old, being, even, an affront to our legal security, as will be shown below. Through the arguments that will be brought to light, there will be no doubts about the Unconstitutionality regarding this prohibition, responsible for triggering an unequal and disrespectful treatment towards the elderly. Thus, throughout the work it will be evident that this prohibition is not related to the principles of human dignity, freedom and equality, private autonomy, among others, which are inherent to all citizens and must, necessarily, be be respected. Still, it can be mentioned that this matter represents a great relevance, both legal and social, since it involves the treatment of the State granted to elderly subjects who, with the present evolution of our society, are increasingly representing a portion significant part of our population. At the end of this, it is also highlighted that the family is the basis of our society, which is concretized and formed through marriage, where those involved have the free will of choice regarding the property regime, while sealing this freedom of choice can be considered a threat to the consolidation of new families, or even, in a certain way, a disincentive to such a practice.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
2.1. Modalidades de Regime de Bens no Direito de Família	12
2.1.1. Regime de Comunhão Parcial de Bens	12
2.1.2. Regime de Comunhão Universal de Bens.....	13
2.1.3. Regime de Participação Final nos Aquestos	13
2.1.4. Regime de Separação Convencional de Bens	14
2.1.5. Regime de Separação Obrigatória de Bens	15
3. FONTES DO DIREITO SOBRE O CASAMENTO E A INCONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	17
3.1. Do Casamento e suas disposições legais	20
3.1.1. Capacidade.....	21
3.1.2. Impedimentos.....	21
3.1.3. Causas Suspensivas.....	22
3.2. Dos Princípios Constitucionais e Garantias Fundamentais	23
3.3. Do Art. 1.641, inciso II, do Código Civil.....	28
3.4. Da Súmula 377, do STF	32
4. CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

Em meio ao mundo contemporâneo é de notório conhecimento que os indivíduos usufruem da sua liberdade de escolha em suas vidas, como preceituado pelos princípios destacados pela Revolução Francesa. Seguindo este raciocínio, a fim de que o homem assegure o exercício pleno de sua autonomia, cria-se a denominada Lei Maior, no caso a nossa Constituição Federal de 88 que é responsável pela garantia dos direitos fundamentais e individuais de todos os sujeitos.

Nesse contexto, quando interligamos esta liberdade constitucional ao Direito de Família, mais precisamente ao casamento, estamos diante da possibilidade de escolha do regime de bens por parte dos nubentes sem que seu direito de escolha seja mitigado por terceiros, ou ainda, por parte de intervenção estatal. Dessa forma, é compreensível que essa vontade dos envolvidos, nesse processo, seja respeitada, uma vez que essa possibilidade encontra amparo na nossa Carta Magna, através da liberdade de escolha, bem como no Código Civil, em seu artigo 1.639, o qual permite aos nubentes, antes do casamento, a escolha do regime de bens que lhes aprouver.

A despeito do casamento e de sua finalidade, entende-se que se trata de um meio à felicidade e à possibilidade de construção familiar. Em uma sociedade conservadora que vivemos, o matrimônio acaba sendo visto como algo sagrado, motivo pelo qual é um momento íntimo de entre os nubentes envolvidos na cerimônia. Nesse universo, como já deslindado, a escolha do regime de bens é, em regra, permitida pelos nubentes através de um documento denominado pacto antenupcial, pelo qual se constitui um contrato formal e solene com a finalidade de regular as questões matrimoniais do casamento, ou seja, dispor qual será o regime de bens estabelecido àquela convenção. Todavia, imagine um cenário onde essa vontade, ainda que envolvida em um contexto especial e extremamente íntimo, não seja respeitada. A presente situação ocorre nos casos dos nubentes maiores de 70 (setenta) anos de idade, vez que o legislador atribuiu a obrigação da pessoa idosa contrair matrimônio sob o regime de separação obrigatória de bens, ainda que seja contrário à sua vontade, sob o fundamento de proteger esse grupo de indivíduos do ponto de vista patrimonial, que será esclarecido detalhadamente a posteriori.

Portanto, entende-se que, na maioria dos casos, permite-se a escolha do regime de bens por parte dos nubentes. Entretanto, existem hipóteses em nosso ordenamento jurídico em que esta vontade não é respeitada, estando previstas no artigo 1.641, que elenca as situações de imposição ao denominado regime de separação obrigatória ou separação legal de bens, o qual

será o objeto de questionamento deste trabalho, mais notadamente relacionando esse regime à pessoa idosa.

Dentre os contextos supramencionados, a imposição aos maiores de 70 (setenta) anos de idade está prevista no inciso II, do artigo aludido, os quais devem, obrigatoriamente, com base na legislação vigente, contrair núpcias através do regime de separação obrigatória de bens. No entanto, essa regra não leva em conta a capacidade plena deste grupo de indivíduos, assim como os colocam em um estágio de desigualdade em relação às demais pessoas, o que desencadeia violação a princípios constitucionais de nosso ordenamento jurídico, que serão revelados e explicados mais à frente. O ponto cerne é que a nossa Constituição Federal que tanto preza pela consagração dos direitos sociais e fundamentais e, que estes sejam garantidos à população, não se atentou a uma norma inconstitucional de Lei Ordinária hierarquicamente submissa à Carta Magna. O perigo de restringir direitos e garantias a um grupo de indivíduos, sob qualquer que seja a ótica, é uma abertura perigosa do ponto de vista jurídico para que tais restrições possam ser impostas a quaisquer cidadãos, isto é, a brecha que é desencadeada é perigosa e possibilita a prática de arbitrariedades por parte do Estado na vida de seus particulares, uma vez que o artigo não encontra amparo na Constituição, mas ainda sim é praticado e, portanto, de certo que outros dispositivos podem seguir o mesmo silogismo. Qualquer norma jurídica que represente um risco, ou ainda, uma desavença aos pilares do Estado Democrático de Direito deve, necessariamente, ser revogada sob o pretexto de proteção às garantias individuais.

Com relação à finalidade do trabalho, em uma tendência de envelhecimento de nossa população, aliada à ciência e ao aumento da expectativa de vida, o tema em questão comprova sua importância, pois abarca diversos cidadãos, especificamente os maiores de 70 (setenta) anos, os quais representam e representarão uma parcela significativa de nossa sociedade. Além dos cidadãos idosos, os descendentes e os cônjuges ou companheiros são, também, diretamente afetados pela legislação vigente e, em detrimento da importância do tema, bem como a grande variedade de argumentos que sustentam a tese de existência de Inconstitucionalidade no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, inspira-se fazer um trabalho que defenda esse pensamento em relação à imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas idosas. Salienta-se, ainda, que garantir o tratamento apropriado às pessoas idosas é, acima de tudo, garantir que seus direitos também sejam respeitados no futuro, afinal a velhice é um lapso da história de qualquer ser humano, por isso é fundamental que a liberdade e a igualdade devem ser compartilhadas com todos indivíduos, indiscriminadamente.

Ainda nesse sentido, a fim de também sustentar e defender a tese do trabalho em apreço, ressaltar-se-á o Estatuto da Pessoa Idosa, criado com a finalidade de proteger esse grupo de indivíduos de eventuais abusos por parte do poder estatal. São, no final de contas, normas que norteiam o tratamento garantido às pessoas idosas, bem como garantem a não discriminação em relação aos seus direitos e liberdades individuais. É fundamental a existência desse Estatuto, pois, o preconceito em relação aos sujeitos idosos ainda é algo presente em nossa sociedade; a verossimilhança nessa constatação se mostra no próprio dispositivo, objeto desse trabalho, criado para supostamente resguardar a pessoa idosa de intenções ludibriadoras. Além disso, infere-se que tal dispositivo, além de tudo, é uma afronta à Súmula 377, do STF, a qual garante a comunicação, no regime de separação legal, os bens adquiridos na constância do casamento. Não obstante, o entendimento de diversos doutrinadores é contrário à proibição de escolha do regime de bens quando envolver nubente maior de 70 (setenta) anos, dada a colisão com os princípios ora elencados, além de outros argumentos segundo as peculiaridades de cada autor, que serão demonstrados nesse diapasão. Dentre eles, destacam-se: Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce, entre outros que serão destacados ulteriormente.

Divide-se o presente tema, primeiramente, a partir do Direito de Família e suas modalidades de regime de bens explicando, sucintamente, as diferenças entre cada situação e a suas consequências nas questões patrimoniais do casamento. Para tal, usa-se de citações doutrinárias, jurisprudências e a legislação vigente para argumentar em relação ao tema. Voltando às disposições de bens no casamento, o principal regime a ser estudado, como já predito, é o de separação legal, ou ainda, separação obrigatória, no qual se defende a inconstitucionalidade da vedação de escolha do regime de bens aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos. Após isso, trata-se das fontes de direito acerca do casamento e, posteriormente, reporta-se os princípios constitucionais e direitos fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito e, consequentemente, faz-se menção ao artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, explicando suas controvérsias, e à Súmula 377, do STF, como ponto de sustento à inconstitucionalidade do dispositivo supra. Por fim, a conclusão e as referências serão os últimos tópicos deste estudo, a fim de argumentar os principais pontos dessa abordagem, com o objetivo de alertar o leitor sobre os problemas e os perigos dessa vedação trazida no Código Civil. Nesse momento, inicia-se uma breve introdução ao Direito de Família, ou ainda, Direito das Famílias, ao passo que essa terminologia será destrinchada ao longo do tema.

2 DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Adentrando em nosso ordenamento jurídico, é de extrema importância que, em primeiro lugar, seja caracterizado o Direito de Família, bem como o seu significado. Nessa seara, destaca-se que a terminologia “família” não apresenta um conceito único e absoluto, uma vez que versa sobre relações socioafetivas que vinculam as pessoas não sendo, portanto, possível delimitar toda essa complexidade e variedade de relações, como explica Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹, embora que antigamente o Direito de Família tinha como objeto, somente, a família constituída pelo casamento. Isto posto, de certo que o Direito de Família não abarca apenas o Direito das Famílias que trata das relações familiares e das obrigações decorrentes dessas relações, mas sim as relações jurídicas entre indivíduos interligados por um vínculo socioafetivo, que caracteriza a finalidade de produção (trabalho conjunto para satisfazer as necessidades dos integrantes), reprodução (a fim de gerar descendentes) e a assistência (proteção mútua), regida pelo Código Civil, especificamente em seus arts. 1.511 a 1.783. Dentro desse pensamento, o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) pretende a mudança da terminologia “Direito de Família”, a partir da proteção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a fim de desviar uma semântica homofóbica, já que a terminologia Direito das Famílias englobaria todas as modalidades de família existentes no Brasil, bem como os homossexuais, em respeito à nossa Constituição Federal e seus princípios.

Todavia, o presente trabalho tem como objetivo analisar o Direito de Família sobre a ótica do casamento, mais especificamente sobre o regime de separação obrigatória de bens e sua inconstitucionalidade. O tema é polêmico por possuir diversos julgados e debates doutrinários, os quais se desdobram em argumentos que sustentam ambas as teses, no entanto ressalva-se que a ampla maioria dos operadores do direito são totalmente contrários à aplicação do dispositivo em pauta, isto é, são concernentes à inconstitucionalidade do tema, uma vez que os princípios constitucionais são contrapesos e a base de nossa Carta Magna, logo, um dispositivo que viole qualquer preceito fundamental é difícil que seja defendido em nosso ordenamento jurídico. Para iniciar esse capítulo, tem-se uma breve diferenciação entre os regimes de bens e uma análise do motivo de apenas esse instituto ser considerado inconstitucional em relação aos seus demais pares.

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12ª Edição. Editora: Saraiva. 2022. p. 18.

2.1 Modalidades de Regime de Bens no Direito de Família

Dentro das modalidades de regime de bens presentes no Direito Civil Brasileiro, destaca-se a presença de 5 (cinco) institutos: 1 – Regime de Comunhão Parcial de Bens; 2 – Regime de Comunhão Universal de Bens; 3 – Regime de Participação Final nos Aquestos; 4 – Regime de Separação Convencional de Bens; e por fim, 5 – Regime de Separação Obrigatória, o qual é o único da lista em que a vontade das partes não acaba sendo respeitada, ainda que não o desejam, uma vez que sua imposição está prevista na legislação brasileira. Nesse sentido, o casamento inicia uma comunidade de vida na sociedade conjugal, onde os bens materiais oriundos deste matrimônio são destinados às necessidades do casal e, por ventura, dos filhos, onde o casal pode optar por um dos quatros sistemas, à exceção do regime de separação legal ou obrigatória, onde há uma estipulação, o qual representa uma “imposição advinda da lei, subsistindo mesmo que expressamente não convecionado”, como afirma Arnaldo Rizzardo². Além disso, posteriormente, enfatiza-se a oportunidade dos cônjuges, caso seja a vontade de ambos, em alterar o regime de bens de seu casamento, como ensina Flavio Tartuce³:

“Como última ilustração, agora envolvendo o Direito de Família, destaque-se que o regime de bens de casamento está no plano da eficácia, pois relativo às suas consequências. Sendo assim, é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, subsumindo a regra do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, que possibilita a ação de alteração do regime de bens, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges”.

Por último, após esse breve resumo, vamos à explicação das características⁴ de cada um destes regimes de bens e suas diferenças.

2.1.1 Regime de Comunhão Parcial de Bens

No presente caso, o Regime de Comunhão Parcial de Bens implica na comunicação dos bens havidos na constância da união. Isto é, presume-se que ambos os nubentes contribuíram para a aquisição dos bens. Também é denominado “regime supletivo legal”, o qual acaba sendo aplicado ao casamento das partes e caso de omissão na escolha do regime de bens por parte dos envolvidos. Os bens comunicáveis estão presentes no art. 1.660, do Código Civil, enquanto que os não comunicáveis no art. 1.659, do Código Civil, a exemplo dos bens particulares, adquiridos

² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10º ed. Editora: Forense. 2018. p. 614.

³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11º ed. Editora: Forense. 2021. p. 408.

⁴ **Manual de Partilha de Bens**. Família e Sucessões. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Edição. p. 9/12.

anteriormente ao casamento, assim como os recebidos a título gratuito (heranças e doações), sendo considerado um regime caracterizado pelo compartilhamento, em igual proporção, de um mesmo patrimônio. Já para os casos de união estável, aplicar-se-á, salvo estipulado contrário em contrato, o regime em questão, como explica o art. 1.725, do Código Civil. Em suma, ‘no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal, na constância do casamento, salvo algumas exceções legais’, utilizando-se a exemplo do art. 1.667, do Código Civil, como explica Sílvio Sávio de Venosa⁵

2.1.2 Regime de Comunhão Universal de Bens

Já com relação a este regime, inexistem bens individuais com relação ao casal, ou seja, ocorre a união dos patrimônios, até mesmo dos bens adquiridos anteriormente ao casamento. Apenas bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade não integram o patrimônio único dos nubentes, os sub-rogados e os de uso pessoal *idem*, bem como livros e instrumentos de profissão ou proventos oriundos do trabalho individual de cada um dos cônjuges. Outrossim, pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas nesse sentido também não integram o patrimônio. A partir da nossa legislação, mais especificamente o Decreto nº 32.389/1953, em seu artigo 23, pode-se afirmar que meio-soldo é uma pensão devida aos herdeiros dos oficiais da ativa e dos transferidos para a inatividade, concedida em função do posto atingido pelo oficial e seu tempo de serviço. Já com relação ao montepio, trata-se de uma quantia que o estado paga aos beneficiários de um funcionário falecido. O regime de comunhão universal de bens pauta-se, portanto, na ideia de comunicação integral de todos os bens adquiridos precedentemente e durante o matrimônio. Contudo, uma vez que o regime referido estabelece a criação de uma massa patrimonial singular, de certo que o cônjuge sobrevivente não terá direito à herança. Por fim, destaca-se que as disposições do regime de comunhão universal de bens estão previstas no art. 1.667, do Código Civil.

2.1.3 Regime de Participação Final nos Aquestos

Trata-se de regime híbrido, no qual cada cônjuge possui seu próprio patrimônio e se comunicam apenas os bens adquiridos pelo casal. Assim, no decorrer do casamento aplicam-se as regras da separação total ou convencional de bens e, já no momento do divórcio, as regras

⁵ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Vol. 5. 22ª ed. Editora: Atlas. 2022. p. 312.

da comunhão parcial de bens, isto é, são associados nos ganhos durante o casamento e dissociados nas dívidas. Dentro da apuração dos bens adquiridos, excluem-se os bens adquiridos ao casamento e os que sub-rogaram em seu lugar, os que bens herdados e as dívidas relativas a estes bens. Já com relação às regras deste instituto, todas estão presentes nos arts. 1.672 e 1.685, do Código Civil.

2.1.4 Regime de Separação Convencional de Bens

O Regime de Separação Convencional de Bens consiste na escolha via pacto antenupcial, também denominado de pacto nupcial, que é um contrato pré-nupcial ou convenção matrimonial firmado pelos casais anteriormente à celebração do casamento, conforme dilucidado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), onde os nubentes escolhem quais os bens e futuras aquisições serão incomunicáveis durante a vigência do casamento, levando em consideração o regime de bens adotado. No caso de divórcio, inexistente divisão de bens e cada um restará com seus respectivos bens adquiridos. Todavia, poderá existir comunicação entre bem comum, através de disposição contratual caso haja concordância entre as partes, assim como nos bens particulares. Já no caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente concorrerá, caso tenham descendentes, com esses relativamente ao seu quinhão na herança, como dispõe o art. 1.829, do Código Civil. Esse instituto é o de maior compreensão, por conta de sua simplicidade, uma vez que as partes envolvidas decidem quais os bens que integrarão o patrimônio comum do casal e quais não farão parte do inventário, garantindo, então, a fruição ou alienação de seus próprios bens, sejam móveis ou imóveis, sem necessitar da autorização do outro cônjuge por exemplo. Ainda, caso não tenham descendentes, o cônjuge sobrevivente concorrerá com o ascendente, segundo o art. 1.836 e 1.837, do Código Civil. Diante do apresentado, o regime de separação convencional de bens é pautado no princípio da autonomia privada, uma vez que privilegia a independência patrimonial de cada um dos cônjuges respeitando, assim, suas vontades. Vale ressaltar, porém, que o instituto garante que os cônjuges possam dispor livremente de seus bens até que encontrem alguma causa impeditiva do casamento, que serão explicadas mais adiante, ou ainda, no caso de algum deles possuírem idade superior a 70 (setenta) anos, visto que ao atingir essa idade ambos ficam obrigados a se casarem pelo regime de separação obrigatória de bens, ou ainda, separação legal de bens, que será o principal regime a ser discutido nesse estudo. Sobre as regras desse regime de bens, todas estão previstas no art. 1.687, também do Código Civil.

2.1.5 Regime de Separação Obrigatória de Bens

Por fim, chega-se ao objeto de estudo deste trabalho, o regime de separação obrigatória de bens, no qual cada cônjuge terá seus bens particulares, não existindo comunicação entre os bens de cada um. Em síntese, o regime em questão é bem semelhante ao regime de separação convencional, a principal diferença é que o regime de separação obrigatória é imposto aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos de idade e às pessoas que dependeram de suprimimento judicial para casar (não emancipados e menores de dezoito anos). Nesse processo, a força da lei suprime a vontade dos nubentes, os quais são obrigados a adotar esse regime caso se encaixem nos requisitos supramencionados. No caso de divórcio, deve-se levar em consideração a regra mencionada pela Súmula 377, do STF, que alega o seguinte: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, isto é, os bens adquiridos durante o vínculo conjugal devem ser repartidos, enquanto que os obtidos anteriormente ao casamento permanecem com o cônjuge que os adquiriu. É, em suma, um regime que não necessita de pacto antenupcial, uma vez já ser estabelecido por lei, como explica Carlos Roberto Gonçalves⁶:

“Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimimento judicial”.

Em compêndio, a disposição supra consiste na preocupação do legislador para com a pessoa idosa, no intuito de evitá-la perante pessoas mal-intencionadas que poderiam usufruir de seu estado de vulnerabilidade com o objetivo de contrair seu patrimônio. Contudo, segundo exposto na introdução desse trabalho, com o constante desenvolvimento da ciência e da medicina, por óbvio que a expectativa do ser humano tem aumentado gradativamente, motivo pelo qual acredita-se que a pessoa idosa, com mais de 70 (setenta) anos, tem perfeito grau de consciência e capacidade para praticar atos da vida civil, isto é, de reger acerca de seu patrimônio, que tal clarividência será evidenciada cada vez mais com o passar do tempo, em outras palavras, com o aumento da expectativa de vida da pessoa idosa, tanto como na sua qualidade de vida que vem aumentando gradativamente com o passar dos anos. Assim sendo, acredita-se que

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18º ed. Editora: Saraiva. 2021. p. 185.

impor tal regime de bens acarreta muito mais um prejuízo ao cidadão idoso do que propriamente o protege de indivíduos ardilosos.

Nessa sequência, a legislação prevê uma exceção à aplicação obrigatória do regime de separação à pessoa idosa, qual seja no caso de união estável precedida anteriormente ao fato de que um dos companheiros tenha atingido os 70 (setenta) anos de idade, marco temporal para aplicação da terminologia “pessoa idosa”. Assim, explica Milton Paulo de Carvalho Filho⁷:

“Na hipótese específica da união estável iniciada antes que um dos companheiros tenha completado 70 anos, portanto, sob o regime de comunhão parcial, entende-se não aplicável a regra (art. 1.641, II), pois não se pode privar os nubentes dos bens que adquiriram juntos em união estável, por sobrevir casamento sexagenário”.

Logo, em união estável estabelecida com um dos companheiros com 69 (sessenta e nove) anos de idade, caso ambos decidam contrair matrimônio existirá a possibilidade de escolherem o regime de bens que lhes aprouver. Percebe-se, então, que a diferença mínima, no caso em questão, de apenas 1 (um) ano de idade é o requisito para aplicação do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil. Dessa maneira, não se mostra razoável que o indivíduo em tão somente 1 (um) ano de idade tenha perdido a capacidade de praticar os atos da vida civil, mais especificamente de tomar decisões acerca de seu próprio patrimônio. O porquê desse entendimento não ser estendido às pessoas idosas é algo ilógico, visto que não há comprovadamente um embasamento científico que demonstre a incapacidade das pessoas com base na sua idade. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁸:

“É um caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupcias”.

Sucintamente, nota-se que a imposição do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, não encontra amparo legal em correspondência ao Estatuto da Pessoa Idosa, assim como parte de uma premissa totalmente arbitrária e aleatória, por assumir a incapacidade geral à pessoa idosa.

⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência** - Coordenação Ministro Cezar Peluso. Editora: Manole. 2018. p. 1.770.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 6ª Ed. Jus Podivm. 2014. p. 312.

3 FONTES DO DIREITO SOBRE O CASAMENTO E A INCONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Este presente capítulo tem a finalidade de analisar as fontes do direito acerca do casamento, bem como a inconstitucionalidade no regime de separação obrigatória de bens, qual seja o objeto de estudo deste trabalho. Nesse processo, o conceito de casamento consiste, basicamente, na união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, gerando deveres e obrigações, que é gerada com a finalidade de constituir família e é baseada no afeto, como leciona Flávio Tartuce⁹. Ainda no entendimento doutrinário, para Maria Helena Diniz¹⁰:

“O direito de família é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam ao passo que o casamento consiste na relação jurídica estabelecida entre homem e mulher, a fim de obterem auxílio mútuo, do qual se irradiam as normas do direito de família, que constituem o direito matrimonial”.

Destaca-se, no entanto, que a concepção do casamento, nos dias atuais, vai além de relação entre homem e mulher. Além disso, como já ressaltado nesse estudo, o casamento é dividido em diversas modalidades de regime de bens, os quais implicam na divisão do patrimônio adquirido na constância da união, ou ainda, fora dela. O próximo ponto a ser tratado aqui é acerca de um destes regimes, mais especificamente o de separação obrigatória ou legal de bens e sua inconstitucionalidade.

Seguindo o raciocínio supracitado, conforme exposto por Sílvio de Salvo Venosa¹¹, todos os regimes de bens no casamento são regulados pelo princípio da livre estipulação, ou ainda, denominado de princípio da autonomia privada, ao passo que o regime de separação obrigatória ou legal de bens é a exceção deste princípio constitucional. Em contrapartida à exceção, diversos doutrinadores alegam que o Estado não pode intervir na escolha do regime de bens dos nubentes, isto é, que a escolha dos noivos proceda à livre estipulação, conforme sua livre vontade. Nesse sentido, tal vedação restringe a pessoa idosa a um cidadão incapaz, sendo impossibilitado de reger seu próprio patrimônio e ter sua vontade respeitada, apesar de doações ao seu cônjuge serem permitidas juridicamente. O problema em questão são as violações e colisões com princípios constitucionais, inserindo um tratamento desigual, com base na idade, aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos, bem como o fato de sua liberdade de escolha ser cerceada;

⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11º ed. Editora: Forense. 2021. p. 2.044.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 4º ed. Editora: Saraiva. 2022. p. 236.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Vol. 5. 22º ed. Editora: Atlas. 2022. p. 12.

para muitos autores, a restrição à pessoa idosa é naturalmente inconstitucional, pois desrespeita diversos direitos fundamentais, previstos em nossa Carta Magna. A modelo disso, na visão de Maria Berenice Dias¹² que:

“A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio de processo judicial e interdição, que dispõe o rito especial (arts.1.177 a 1.186 do CPC)”.

Assim sendo, o presente dispositivo, além de discriminatório, funciona mais como um prejuízo do que propriamente uma proteção à pessoa idosa em questão, uma vez que o patrimônio auferido durante a vida torna o sujeito que o detém ainda mais atrativo, ao passo que a tutela jurídica excessiva do Estado sobre pessoa que é maior e capaz acaba sendo desnecessária, intervindo diretamente em sua liberdade e violando diversos princípios e garantias constitucionais. O debate jurisprudencial e doutrinário privilegia a possibilidade de escolha dos nubentes e, conjuntamente, o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu artigo 2º¹³, prevê a plena capacidade de pessoas idosas, assim como o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Assim, infere-se:

Art. 2º: A pessoa idosa 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.

Por conseguinte, depreende-se que tal idade não as tornam incapazes de praticar atos da vida civil, como explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹⁴. Pelo contrário, a legislação vigente garante que a pessoa idosa tenha o mesmo tratamento em relação às demais pessoas, isto é, que não haja qualquer tipo de discriminação. Além disso, desrespeitar a pessoa idosa é ir em contramão à nossa Constituição Federal, a qual garante o princípio da isonomia a todos cidadãos, conforme o art. 5º, *caput*, uma vez que todos somos iguais perante a lei e, consequentemente, estabelecer uma proibição na escolha do regime de bens aos sujeitos idosos infringe esse princípio.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. <https://berenicedias.com.br/amor-nao-tem-idade/>.

¹³ **Estatuto da Pessoa Idosa**: Lei Federal nº 10.741, 01 de outubro de 2003. Brasília. DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2004.

¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. Editora: Atlas. 2008. p. 222.

Nesse sentido, no voto proferido por Cezar Peluso, quando Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 007. 512-4/2-00 – 2ª CDPriv tem-se o seguinte entendimento:

“Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio das algumas pessoas contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, ressentese de nexos de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás, têm outros meios jurídicos para se redimir dos enganos das paixões crepusculares. [...] O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da “dignidade” da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência. É muito curta a razão normativa para a invasão tamanha. A lei, aqui, é modo exemplar de intrusão estatal lesiva do direito à intimidade (right of privacy, ou, como se usa dizer, direito à privacidade), enquanto dimensão substancial da pessoa humana e objeto de tutela constitucional explicitam (art. 5º, X, da Constituição Federal) e implícita (art. 5º, LIV)”.

Porquanto, tal imposição legal acaba sendo uma lesividade ao direito de liberdade jurídica da pessoa idosa em dispor de seus bens e, como se não bastasse, o regime de separação obrigatória de bens é norma violadora ao princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e, ainda, da intervenção mínima nas relações familiares. No tocante à parte da restrição, pode-se afirmar que o Código Civil não alude a velhice como motivo à incapacidade, isto é, não pode se inferir a falta de lucidez em caso de pessoa idosa, como leciona Maria Berenice Dias¹⁵: “

“Ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 1.177 a 1.186). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatório que o interditando seja interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa”.

Sobre a intenção do legislador, afirma-se que o Estado deve ter limites, atentando-se aos princípios de nossa Constituição, a fim de não incorrer em abusos e nem prejuízos a estes

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 10ª Ed. Editora: Revista dos Tribunais. 2015. p. 655.

indivíduos. À pessoa idosa deve-se assegurar todos os direitos, uma vez que nossa legislação não dispõe de incapacidade em razão da idade, pelo contrário, o Estatuto da Pessoa Idosa garante o pleno gozo e exercício dos direitos individuais dos cidadãos idosos.

3.1 Do Casamento e suas disposições legais.

Após alguns esclarecimentos acerca da inconstitucionalidade na imposição do regime de separação obrigatória de bens, o presente tópico trata-se do casamento e suas disposições legais, principalmente à ótica da pessoa idosa. Com relação ao casamento, com os dizeres de Flávio Tartuce¹⁶: “pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto”. A partir da terminologia mais ampla “Direito das Famílias”, como já discutido nesse trabalho, destaca-se o casamento homoafetivo, o qual foi reconhecido a partir do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo Supremo Tribunal Federal, assim como através da VII Jornada de Direito Civil, Enunciado n. 601. O casamento é, em suma, uma união voluntária entre duas pessoas que desejam constituir família, formando um vínculo conjugal que está baseado nas condições dispostas pelo direito civil.

Sobre a natureza jurídica, o casamento é dividido em 3 (três) concepções, conforme o entendimento de Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme¹⁷: 1 – teoria contratualista, na qual o matrimônio é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, aperfeiçoando-se apenas pela autonomia da vontade (privada) das partes, ou seja, dos nubentes; 2 – teoria institucionalista, em que o casamento é instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos em lei; 3 – doutrina eclética ou mista, onde o casamento é um ato complexo, isto é, é concomitantemente negócio jurídico (na formação) e instituição (no conteúdo) e, desse modo, diante da natureza jurídica do casamento, pode-se defini-lo como sendo um contrato especial de direito de família no qual os cônjuges (marido e mulher) formam uma comunidade de existência e afeto, mediante direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Código Civil Comentado**. Editora: Forense. 2019. p. 2.353.

¹⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. Editora. Manole. 2021. p. 367.

Entretanto, ainda sobre as disposições do casamento, ainda que um direito de todos, inclusive dos indivíduos idosos, tem-se a presença de certos requisitos para que o casamento seja válido, os quais serão trabalhados a seguir.

3.1.1 Capacidade

Para que o casamento seja válido é imprescindível a capacidade das partes envolvidas, tendo condições naturais de aptidão física, como a puberdade, e a sanidade mental, como aptidão intelectual, por isso a lei proíbe o casamento para os menores de 16 (dezesesseis) anos, já que não pode se tornar púberes, como explica Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme¹⁸. O autor ainda explica que os menores de 18 (dezoito) e maiores de 16 (dezesesseis) anos podem celebrar o casamento, caso sejam autorizados por seus pais ou representantes legais. Em caso de discordância por parte dos genitores ou responsáveis, a parte interessada poderá recorrer ao juiz para solucionar o litígio, conforme o artigo 1.631, do Código Civil. Sobre capacidade, o Código Civil disciplina 3 (três) tipos de capacidade: 1 – a capacidade civil; 2 – a capacidade para ser empresário; 3 – e a capacidade para o casamento. Em seu artigo 1.517, a lei supramencionada trata da capacidade para o casamento, tendo como requisito a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos, sendo representado pelos pais ou representantes legais, exigindo-se a anuência de ambos genitores ou representantes. Em caso de não existir a anuência em questão, o juiz pode suprir o consentimento, através de sentença, proferida em procedimento de jurisdição voluntária, iniciada pelo Ministério Público, por qualquer um dos nubentes interessados servindo, dessa forma, como uma garantia ao abuso dos pais que, sem justificativas plausíveis, acabam não autorizando o casamento. No presente caso, o regime a ser adotado é o de separação legal de bens, como dispões o inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil, para proteger o patrimônio dos menores e, após completarem 18 (dezoito) anos, com a anuência de ambos cônjuges, poderão requerer a mudança do regime de bens, segundo o art. 1.639, §2º, do Código Civil.

3.1.2 Impedimentos

Sobre os impedimentos, que também possuem a finalidade de proteção aos envolvidos no matrimônio, destaca-se sua divisão, como preceitua Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme¹⁹ em: 1 – impedimentos matrimoniais, que são aqueles que vedam a realização de

¹⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. Editora Manole. 2021. p. 368.

¹⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. Editora: Manole. 2021. p. 369.

casamento válido; 2 – impedimentos públicos ou absolutos, que são aqueles baseados no interesse público, sendo causas pertinentes à instituição família e à estabilidade social, podendo ser limitadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, como dispõe o art. 1.521, inciso I a VII, o art. 1.548, inciso I, e o art. 1.549, do Código Civil. Esta classificação se subdivide em 3 (três categorias): a – impedimentos oriundos de parentesco, que podem ser pela consanguinidade, com a finalidade de proteção à prole de tara fisiológica ou defeitos psíquicos, isto é, uma proteção aos filhos oriundos desse matrimônio; b – impedimentos de vínculo, oriundo da proibição da bigamia, ou seja, a impossibilidade de contrair matrimônio enquanto houver um vínculo já existente, ou ainda; 3 – impedimento de crime, no caso não pode casar com cônjuge sobrevivente com o condenado, para preservar o patrimônio e a moralidade social. Ainda, dessa divisão decorre os impedimentos absolutos, os quais estão previstos no artigo 1.521, do Código Civil e invalidam os efeitos jurídicos do casamento, isto é, o torna nulo. Como exemplo, destaca-se os casos de ascendentes com descendentes, seja parentesco natural ou civil, os casos de afins em linha reta, os casos de irmãos, unilaterais, bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau etc.

3.1.3 Causas Suspensivas

As causas suspensivas, ou ainda, impedimentos impeditivos, possuem previsão legal no artigo 1.523, incisos I ao IV, do Código Civil, mas diferentemente dos impedimentos não invalidam o casamento. Nesse processo, são utilizadas como sanções econômicas aos infratores, a fim de evitar a confusão de patrimônios, a confusão de sangue e impedir o casamento de pessoas em poder de tutores ou curadores, seguindo o pensamento de Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme²⁰. Ainda, ressalta-se que os impedimentos podem ser arguidos por parentes em linha reta de um dos nubentes, tanto consanguíneos ou afins, e pelos colaterais de 2º grau, também consanguíneos ou afins, nos termos do artigo 1.524, do Código Civil. Em suma, tais causas funcionam como uma espécie de proteção. Existe, também, a causa suspensiva acerca do matrimônio da viúva, a exemplo das questões de paternidade previstas no inciso I e II, do art. 1.597, do Código Civil, uma vez que o casamento poderia ser desfeito por nulidade, ou ainda, ter sido anulado, motivo pelo qual se trata de prevenção legal contra a *turbatio sanguinis*, também denominada conflito de sangue.

²⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. Editora: Manole. 2021. p. 386.

Contudo, indiscutivelmente que o principal objetivo das causas suspensiva é o de evitar possíveis uniões ilegítimas. No restante, explica Maria Helena Diniz²¹:

‘É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento’.

Desse modo, entende-se que as causas suspensivas são situações de menor gravidade, e relacionadas a questões patrimoniais e de ordem privada. Logo, não geram nulidade absoluta ou relativa do casamento impondo sanções patrimoniais ao cônjuge, a exemplo da obrigatoriedade, nos casos de descumprimento da norma, do regime de separação de bens, um dos objetos de estudo deste trabalho.

3.2 Princípios Constitucionais e Garantias Fundamentais

Após esclarecimentos acerca do casamento e de suas disposições legais, tem-se as violações a princípios constitucionais e a garantias fundamentais que, diferentemente da capacidade para o casamento, dos impedimentos e das causas suspensivas, não possuem um traço de legalidade em sua proibição. Isto porque tais vedações envolvem direitos fundamentais desrespeitados que, conseqüentemente, dizem respeito à liberdade e ao tratamento igualitário de todos os cidadãos garantidos pela nossa Constituição Federal. Neste capítulo será abarcado diversos princípios constitucionais que são relacionados à imposição do regime de separação de bens aos nubentes maiores de 70 (setenta) anos de idade.

Em primeiro lugar, destaca-se o princípio da liberdade de escolha do regime de bens, uma vez que os nubentes podem dispor de seus bens da maneira que lhes aprouver, com previsão no artigo 1.639, do Código Civil. A liberdade divide-se em diversos aspectos, uma vez que a liberdade dentro do direito consumidor, por exemplo, difere-se da liberdade dentro do Direito de Família e, portanto, o primeiro princípio a ser tratado é a liberdade dos nubentes de dispor sobre seu casamento e seus desdobramentos. Nesse sentido, este princípio está relacionado ao livre arbítrio de escolha ou autonomia de constituição, pautando-se na ideia de que não haja uma imposição estatal contrária à essa livre possibilidade de escolha. Como demonstrado, não há dúvidas que a liberdade de escolha do regime de bens, por parte das pessoas idosas, deve ser respeitada.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 29ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 2012. p. 47.

Fundamentando essa ideia, na visão de Paulo Lôbo²²:

“A realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral”.

Partindo da ideia que a liberdade pode ser compreendida como a ausência de controle ou restrições, entende-se que a escolha do regime de bens deve ser de livre vontade do casal, não devendo o Estado intervir na vida dos particulares, pois sua tutela excessiva caracteriza abuso e arbitrariedade, visto não existir necessidade da tutela sobre os bens de pessoa maior de 70 (setenta) anos, além do fato de caber ao ser humano decidir sobre seu futuro, com responsabilidade e equilíbrio, e sempre tendo a finalidade de engrandecimento pessoal e familiar. O princípio em questão também é denominado, por doutrinadores, de autonomia privada, levando em conta que os nubentes podem escolher o regime de bens a ser adotado no matrimônio observando, todavia, os preceitos de ordem pública.

Ainda nessa lógica, tem-se princípios que se relacionam com o da liberdade de escolha, ou ainda, da livre estipulação, destaca-se o princípio da autonomia privada. Trata-se, em síntese, do direito dos nubentes de escolherem qual o regime de bens a ser adotado em seu matrimônio, bem como alterá-lo depois da celebração do casamento. O princípio possui previsão no Código Civil, em seu art. 1.639, o qual dispõe da liberdade de escolha dos nubentes em optarem pelo regime de bens que lhes aprouver e, por conta dessa disposição, que é caracterizada a relação intrínseca entre ambos institutos. Com relação ao pacto antenupcial, conclui-se que não pode estar desconforme os preceitos de ordem pública e os bons costumes, uma vez que o direito coletivo da sociedade prevalece sobre os direitos individuais dos nubentes, mas de forma geral confere poder aos particulares para regular as relações familiares, através do exercício de suas vontades, no tocante ao regime de bens e suas disposições sobre questões matrimoniais, sempre em consonância às proibições estabelecidas em lei, como já exemplificado no caso da ordem pública, segundo o artigo 1.655, do Código Civil, que assevera: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. No entanto, o primeiro ponto a se analisar do dispositivo é que se trata de rol exemplificativo, e não taxativo, já que não estabelece a presença da ordem pública e dos bons costumes, mas tão somente das disposições absolutas de

²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

lei, o que evidencia que observar a lei apenas do ponto de vista legalista, muitas vezes, é um ato falho e incompleto e, conseqüentemente, a leitura do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deve levar em consideração os princípios ora mencionados. E também, ao retirar da pessoa idosa a possibilidade de escolher seu próprio regime de bens, o legislador acaba afrontando a própria legislação vigente em nosso país; a exemplo do artigo 10, do Estatuto da Pessoa Idosa, o qual confere à pessoa idosa o direito à liberdade, o direito ao respeito e o direito à dignidade, assegurando-o como sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, além de violar o art. 2º do mesmo Estatuto e o art. 1.639, do Código Civil. No artigo escrito por Matheus Ferreira, Jeferson Botelho Pereira e Geraldo Guilherme Ribeiro de Carvalho²³, tem-se menção aos arts. 1º, 2º e 3º, do Estatuto da Pessoa Idosa, uma vez que se tratam de garantias às pessoas idosas, garantindo-lhes todos os direitos constitucionais inerentes à sua pessoa, ao passo que restringir esses direitos fundamentais e impor o regime de separação obrigatória e esses sujeitos é, acima de tudo, uma vedação ao direito de escolha e à dignidade da pessoa idosa. Ainda nesse sentido, na visão de Whitaker²⁴ é necessário que haja a aplicação das normas do Estatuto da Pessoa Idosa, e não que baste somente a sua existência, isto é, que sejam criadas condições de isonomia entre os cidadãos idosos e a sociedade, em síntese:

“Não basta o Estatuto do Idoso. Embora seja uma grande conquista, é pouco conhecido e o estabelecimento dos direitos sociais dessa crescente categoria sociológica exige mudanças profundas nas atitudes da população, face ao seu envelhecimento”.

Em outras palavras, o Estado como responsável por fomentar políticas públicas e sociais, além de garantir a aplicação da lei, na verdade se ausenta em cumprir seu papel de consolidar a aplicação do Estatuto da Pessoa Idosa, criando condições para que haja igualdade entre os indivíduos independente de sua idade, cor, raça etc. E como se não bastasse, além de não consolidar a aplicação desse Estatuto, o Estado atua com tutela exacerbada a ponto de mitigar os direitos existentes da pessoa idosa, isto é, além de não prestar auxílio adequado a esse grupo de pessoas, ainda incorre em abuso ao considerá-las incapazes por impor o regime de separação obrigatória aos maiores de 70 (setenta) anos de idade, o que comprova que se o legislador tivesse tanto zelo para com as pessoas idosas, não existiria uma sociedade tão desigual da

²³ FERREIRA, Matheus. PEREIRA, Jeferson Botelho. CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de. **Reflexões jurídicas sobre o art. 1641, II, do CCB, no tocante à obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos**. Artigo. 2017. Link para acesso: <https://jus.com.br/artigos/62533>

²⁴ WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. **O Idoso na Contemporaneidade**. p. 04.

perspectiva da acessibilidade nas ruas e nos estabelecimentos, no tratamento desigual a diferentes grupos de pessoas, e a aplicação das leis, ainda que em desacordo com nossa Constituição..

Outro princípio que se relaciona com o da liberdade é o da igualdade, uma vez que é vedado o tratamento discriminatório entre todos os cidadãos. Sua previsão está no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, e impede que haja uma desigualdade de direitos perante as pessoas idosas. Como já citado, o Estatuto da Pessoa Idosa, em seu artigo 2º, prevê a plena capacidade das pessoas maiores de 70 (setenta) anos de idade, ao passo que o Código Civil não disciplina a incapacidade para as pessoas idosas e, portanto, justifica a não necessidade de imposição do regime de separação de bens. No mais, evidencia-se que o inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil, é um doesto ao princípio da igualdade, o qual é um dos bazares do Estado Democrático de Direito. No mais, ainda com base em nossa Carta Magna de 1988, nota-se que não é aceito qualquer tipo de discriminação em nossa sociedade, seja em razão de cor, raça, sexo, ou conforme o presente caso, em relação à idade, já que todos somos iguais nos moldes da lei. O Estado ao estabelecer um tratamento diferenciado aos cidadãos idosos acaba, sobretudo, violando a característica e o direito do sujeito idoso em relação às outras pessoas, isto é, de ser tratado de forma igualitária, sem distinção de qualquer natureza. Na visão do filósofo Schopenhauer²⁵:

“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”.

O próximo princípio importantíssimo de nosso ordenamento jurídico é o da dignidade da pessoa humana, que está elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse contexto, tal princípio estabelece a base de todos os demais princípios sendo, portanto, “o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal”, nas palavras de Maria Berenice Dias²⁶. Com a evolução dos direitos humanos e da justiça social, houve uma preocupação do legislador para com os cidadãos, na

²⁵ SCHOPENHAUER Arthur; VOLPI, Franco (Org). **A arte de envelhecer, ou, senilia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 20.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais. 2015. p. 44.

medida em que tornou o princípio em questão como o pilar da ordem constitucional. Vale lembrar que, no final do século XX, contexto pós-guerra, os direitos humanos passaram a ser preservados com a finalidade de proteção à pessoa humana. À luz desse princípio, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho²⁷ discorrem que se trata de:

“Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-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”.

Logo, percebe-se a proteção disposta aos indivíduos, com a finalidade evitar intervenções ilegais por parte do Estado na vida de seus particulares, devendo, necessariamente, abster-se de práticas que violem esse princípio, bem como garantir a sua aplicação. Nesse cenário, dentro do plano familiar, a dignidade da pessoa humana permitiu aos nubentes de se autorregularem, isto é, estipularem suas vontades e suas disposições dentro do casamento sem que haja qualquer intervenção ilegítima; a dignidade, como já explicitada, é garantida pelo Estatuto da Pessoa Idosa. O ponto interessante é que esse princípio também está conectado ao princípio da autonomia privada, vez que a liberdade do indivíduo em selecionar seu cônjuge, assim como o regime de bens a ser adotado no matrimônio, configura o respeito à dignidade da pessoa humana, por se tratar do respeito à felicidade da pessoa idosa, o respeito à sua realização pessoal, ao mesmo tempo em que se respeita sua liberdade de escolha, desde que não haja prejuízos a terceiros. Menciona-se, ainda, a necessidade de nossa legislação e nossa sociedade acolher qualquer tipo de configuração familiar, garantindo o tratamento igualitário a todos cidadãos.

Em síntese, pode-se afirmar que é inconstitucional proibir o livre arbítrio de escolha da pessoa idosa, visto que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, acarreta violação em todos os princípios ora elencados. Fica claro que a pessoa idosa, no que concerne à legislação vigente, tem seus direitos resguardados e garantidos no Estatuto da Pessoa Idosa, na Constituição Federal e no próprio Código Civil, que dispõe da liberdade de escolha do regime de bens, segundo o artigo. 1.639. Em um Estado Democrático de Direito onde não se respeita os pilares de seu ordenamento jurídico, certamente não há respeito aos cidadãos, o que desencadeia, portanto,

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12ª Edição. Editora: Saraiva. 2022. p. 30.

um ambiente apinhado de inseguranças jurídicas e ameaças à democracia, bem como aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, e não somente aos direitos das pessoas idosas.

3.3 Do Artigo 1.641, inciso II, do Código Civil

Já nos capítulos finais do trabalho, mostra-se, no presente momento, o dispositivo responsável pelo conflito jurídico supra. O artigo²⁸ em questão determina as hipóteses de obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento e, mais especificamente em seu inciso II, explana-se a vedação para o caso da pessoa idosa, isto é, do maior de 70 (setenta) anos de idade. Sobre o artigo:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Dentro da seara legislativa, o presente dispositivo trouxe diversos entraves acerca de sua inconstitucionalidade, em razão da violação aos princípios já elencados. O entendimento é de que há um evidente tratamento desigual às pessoas idosas, uma vez considerá-las incapazes de reger seu próprio patrimônio, ignorando o fato de que a experiência acumulada durante a vida contribui para uma sabedoria ainda mais apurada do que a de uma pessoa jovem, por exemplo. Em detrimento do descontentamento para com a norma, destaca-se o Projeto de Lei 189/2015²⁹, formulado pelo então Deputado Cleber Verde, com o intuito de revogá-la. Para tanto, alguns argumentos apresentados foram a manifestação do artigo 1.513³⁰, do Código Civil, o qual ilustra: ‘É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família’’, isto é, que a intervenção estatal na vida dos particulares é algo inconcebível e totalmente reprovável, com base na própria legislação vigente. Outro argumento apontado é a desconsideração do princípio da dignidade da pessoa humana, que é responsável por pautar as relações familiares consistindo, principalmente, na liberdade de escolha inerente a todos os seres humanos. Ocorre que o dispositivo é mais prejudicial que

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

²⁹ **Projeto de Lei nº 189/2015**, https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1297884&filename=Tramitacao-PL+189/2015

³⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

propriamente protetor às pessoas idosas, visto que engloba todos os indivíduos maiores de 70 (setenta) anos de idade no mesmo patamar de capacidade, ao passo que tal constatação não é verdadeira, podendo ser verificada com o aumento da expectativa de idade e com a presença de diversos sujeitos que estão acima dessa idade e mesmo assim continuam plenamente capazes. No cenário atual, tem-se um candidato à Presidência da República com 76 (setenta e seis) anos de idade, isto é, para concorrer ao mais alto cargo do Poder Executivo da República Federativa do Brasil não existe um limite de idade, mas para o indivíduo versar sobre o regime de bens de seu próprio casamento há um limite, o que demonstra a incongruência da norma. Como se não bastasse, certamente que indivíduos maiores de 70 (setenta) anos possuem particularidades, de modo que considerar todos incapazes é um desrespeito à capacidade desses cidadãos, já que a incapacidade não pode ser atribuída à idade, mas sim à condição física e mental específica de cada ser humano. Desse modo, vê-se, na presente sociedade, diversos escritores, políticos, economistas, entre outros profissionais que se encontram na idade sênior, e mesmo assim são plenamente capazes para disciplinarem acerca de assuntos ainda mais complexos que o casamento e seu regime de bens.

Outros entendimentos, tais como o Enunciado n. 125, da I Jornada de Direito Civil, entendem pela inconstitucionalidade da norma, por se tratar de tema contrário aos princípios constitucionais instituídos em nossa Carta Magna. Em vista disso, tem-se a seguinte afirmação:

“A norma que torna obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pátio da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF/1988)”. Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

No caso em tela, vê-se que o dispositivo do Código Civil é incompatível com as cláusulas constitucionais de igualdade, isto é, do tratamento isonômico, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, razão pela qual a maior parte dos operadores do direito alegam existir inconstitucionalidade no inciso II, do artigo 1.641.

Com base no pensamento da doutrina, os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³¹ estabelecem pensamento contrário a manutenção dessa norma jurídica, uma

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris. 2010. p. 244/245.

vez que sua aplicação representa uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, como pode ser verificado:

“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”.

Sobre os entendimentos jurisprudenciais, vale destacar a afastabilidade da aplicação da norma jurídica em questão nos casos envolvendo união estável anterior à celebração do casamento, mais notadamente quando envolver nubentes que adentraram à união estável em idade inferior à estipulada no inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil, qual seja a de 70 (setenta) anos.

Assim, tem-se a exemplo o Recurso Especial nº 1.318.218/PE, onde se reconheceu que antes de casar os nubentes já conviviam em união estável há 15 anos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. CASAMENTO PRECEDIDO DE LONGA UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE TAL IDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa como sendo obrigatório o regime de separação total de bens entre os cônjuges quando o casamento envolver noivo maior de 60 anos ou noiva com mais de 50 anos. 2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do cidadão idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico. 3. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1318281 PE 2012/0071382-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 01/12/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2016 REVPRO vol. 267 p. 553).

A fundamentação do Recurso acima consiste na ideia de que não há necessidade da proteção à pessoa idosa, estabelecida pelo artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, visto que uma pessoa que se encontra há anos, em união estável, com seu companheiro, certamente não possui uma ambição meramente econômica ou patrimonial na relação e, em detrimento disso, a Relatora decidiu pelo afastamento do dispositivo, bem como o afastamento de sua aplicação.

O julgado em questão não é o único nessa direção de pensamento, o AI nº 53.2017.8.26.0000 também seguiu por esse viés, dentre vários outros julgados, os quais comportam um pensamento majoritário nos Tribunais. O comportamento da decisão foi o seguinte:

INVENTÁRIO. Decisão que determina a retificação das primeiras declarações, para aplicar o regime da comunhão parcial de bens. Manutenção. Casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens por força da idade do autor da herança. Casamento precedido de união estável. União estável anterior, reconhecida na sentença, que afasta a função da norma protetiva do artigo 1.641, II, do Código Civil. Inocorrência de alteração do regime de bens do casamento, mas tão somente afastamento do regime legal de separação obrigatória, pois ausente a sua causa prevista em lei. Mostra-se necessária a retificação das primeiras declarações, para adotar o regime da comunhão parcial de bens, com a ressalva de que a retificação deve observar rigorosamente os termos da sentença proferida na ação de reconhecimento e dissolução de união estável post mortem. Recurso desprovido.

(TJ-SP - AI: XXXXX20178260000 SP XXXXX-53.2017.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 17/01/2018, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/01/2018).

Ainda na defesa desse argumento, o Enunciado n. 261, da III Jornada de Direito Civil, também consolida o entendimento de que a obrigatoriedade do regime de separação de bens inexistente nos casos que o casamento tiver sido celebrado posteriormente à união estável, nesse contexto:

“A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

Desse modo, nota-se que o entendimento jurisprudencial, em ampla maioria, bem como o doutrinário, mostra-se contrário à aplicação do artigo em questão. O dispositivo, com a prerrogativa de causa protetiva à pessoa idosa, carrega consigo, na verdade, uma sanção baseada na idade e limitando a liberdade individual de escolha no regime de bens, motivo pelo qual se verifica a violação aos princípios já destacados, mais precisamente o da dignidade da pessoa humana.

Continuando nesse raciocínio, tem-se julgados que são contrários à aplicação do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, ainda que a união estável tenha sido estabelecida depois dos 70 (setenta) anos de idade de algum dos companheiros, por reconhecer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros princípios constitucionais. Por óbvio, verifica-se que todas as fundamentações favoráveis à inconstitucionalidade da norma precedem,

necessariamente, de argumentos que se sustentam em nossa Constituição Federal e seus princípios, como pode ser verificado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. 1) RECONHECIMENTO. Havendo prova documental e oral robusta e uníssona a respeito da união estável nos moldes do art. 1.723 do CC/02, mantém-se o seu reconhecimento. 2) MEAÇÃO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.641, II, CC/02. Não se aplica à união estável o art. 1.641, II, CC/02, por afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e pelo descabimento de aplicação analógica para restringir direitos. O regime de bens na união estável é o da comunhão parcial, estando correto o reconhecimento do direito à meação à autora. Apelação cível do réu desprovida. (Apelação Cível Nº 70019235043, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 04/10/2007). (grifo meu).

Em virtude do exposto, nota-se que é insustentável admitir a vigência do inciso II, do artigo 1.641, do Código Civil, em consonância à nossa Constituição e todos seus pilares. A pessoa idosa merece, sobretudo, um respeito em relação à impossibilidade imposta por esse dispositivo, o qual impõe uma restrição discricionária, ou seja, sem qualquer tipo de embasamento, pois a idade não é considerada parâmetro para tornar tal indivíduo incapaz. Restam exemplos de indivíduos, acima dos 70 (setenta) anos de idade, que estão no auge de sua sabedoria.

3.4 Da Súmula 377, do STF

O último capítulo deste trabalho, que precede à conclusão, é referente à Súmula 377, do STF e suas disposições. Sobre a Súmula, o enunciado impõe que: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Para entender sua aplicabilidade e sua finalidade, torna-se necessário regressar ao entendimento do antigo Código Civil de 1916, o qual impunha, em nosso ordenamento jurídico, a imutabilidade absoluta do regime de bens, isto é, a indisponibilidade dos cônjuges em modificar o regime de bens escolhido ou imposto para o matrimônio, com o pretexto de se evitar abuso de um dos cônjuges para seu benefício próprio. Nesse processo, criou-se a Súmula 377, do STF, a fim de relativizar os efeitos do princípio supra do Código Civil de 1916, visto que presume, no regime de separação legal, a colaboração e o esforço comum de ambos os cônjuges, como pode ser verificado adiante:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO. REGIME. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PARTILHA. ESFORÇO COMUM PRESUMIDO. DECISÃO MANTIDA. 1. "No regime da separação obrigatória, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum (Súmula n. 377/STF)" (AgRg no AREsp XXXXX/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015). 2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: XXXXX MG XXXXX/XXXXX-9, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 27/02/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2018).

Em razão dessa avaliação, o regime de separação obrigatória de bens converteu-se, na realidade, no regime de comunhão parcial, uma vez que a meação, nesse instituto, é direito inerente ao cônjuge. De resto, ainda que alguns julgados atendam no sentido da necessidade de comprovação do esforço comum por parte dos cônjuges, a realidade é que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, não possui nem um tipo de amparo na jurisprudência, já que a parte interessada, ao comprovar sua colaboração na construção do patrimônio mútuo, terá direito à sua respectiva parcela patrimonial, como ocorre no regime de comunhão parcial de bens, a exemplo do julgamento do EREsp nº 1623858 MG 2016/02318844:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (STJ - EREsp: 1623858 MG 2016/0231884- 4, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/05/2018 RSTJ vol. 251 p. 416).

Então, conclui-se que, com relação à aplicabilidade do artigo em questão, só seria legal nos casos em que um dos nubentes não pudesse comprovar sua cooperação no tocante à prosperidade patrimonial do outro cônjuge, e que o casamento não fosse precedido por união estável, vez que grande parte dos Tribunais reconhecem a comunicabilidade dos bens quando envolver esse tipo de relação predecessora ao matrimônio .

Quanto a inconstitucionalidade do artigo 1.641, o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) criou o Projeto de Lei nº 2.285/2007, o qual propõe a extinção do regime de separação obrigatória de bens, como pode ser notado:

“Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação de bens que devem ingressar na comunhão”³²

O projeto apresentado, pelo até então Deputado Sérgio Barradas Carneiro, comprova a desnecessidade da existência do regime de separação legal, em virtude da Súmula 377, do STF, transformar tal regime numa espécie de comunhão parcial de bens. Entretanto, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil impede, na realidade, a possibilidade dos nubentes maiores de 70 (setenta) anos escolherem seu regime de bens no tocante ao casamento. Considera-se, até o momento, uma arbitrariedade por parte do poder estatal, visto que o dispositivo veda qualquer comunicação de bens adquiridos na constância do matrimônio, sendo que tal situação é permitida e aceita pela jurisprudência, seja pela comprovação do esforço comum, ou até, seja pela desnecessidade de comprovação de colaboração na construção do patrimônio do outro cônjuge, pois alguns Tribunais dispensam essa atribuição.

A única forma de afastar a incidência da Súmula seria através de pacto antenupcial, o qual manifesta a intrínseca vontade dos nubentes. Para corroborar tal raciocínio, tem-se o pronunciado do Provimento CGJ 8/2016, através da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, instituindo a regra do artigo 664-A, do Código de Normas:

“No regime da separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1641, inciso II do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do STF, por meio de Pacto Antenupcial”³³

No entanto, pode-se afirmar que os casos que envolvem pacto antenupcial são a exceção, ou seja, a aplicação da Súmula 377 é tida como a regra. Assim, considera-se, por conseguinte, dentro os demais argumentos, inconstitucional o inciso II, do artigo 1.641.

³² **Projeto de Lei nº 2.285/2007**, https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007

³³ **Código de Normas**. CGJ - Pernambuco.

4 CONCLUSÃO

Posto isso, conclui-se que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, é inconstitucional. É inconcebível que um dispositivo desencadeie conflitos com direitos fundamentais de nossa Constituição. Os princípios constitucionais são a base de nosso ordenamento jurídico, isto é, qualquer normal deve, obrigatoriamente, atentar-se a esses princípios, sob a prerrogativa de nulidade em caso de descumprimento. No presente trabalho, vê-se que a todo momento o Estatuto da Pessoa Idosa garante a plena capacidade dos maiores de 70 (setenta anos), motivo pelo qual é inevitável que o artigo supradito é discriminatório. O envelhecimento é um direito personalíssimo, como garante o art. 8º, do Estatuto da Pessoa Idosa, o qual só é garantido com a plenitude dos direitos dos sujeitos idosos.

Consequentemente, impedir a escolha do regime de bens é uma bravata ao envelhecimento pleno e digno desses indivíduos. É, além de tudo, uma frustração à felicidade da pessoa idosa, já que a felicidade só é atingida quando o indivíduo alcança a liberdade em sua vida. Para Aristóteles³⁴, a felicidade é considerada o maior bem desejado pelos homens, sendo uma atividade da alma. Dessa forma, qual a necessidade de existência de uma normal que restringe a liberdade de escolha do ser humano e, em decorrência disso, também restringe sua felicidade. Por óbvio, os nubentes maiores de 70 (setenta) anos poderem discorrer dos seus próprios bens nada atenta à ordem pública, pelo contrário, é uma atitude amparada pelos preceitos constitucionais e pela legislação que dispõe das pessoas idosas.

Como se não bastasse a legislação, a jurisprudência atual é, em sua grande maioria, favorável à inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641, já que é ineficaz e, na verdade, só desencadeia um tratamento desigual. Ineficaz, pois, o cidadão idoso é plenamente capaz de reger seu patrimônio e de se proteger de pessoas ardilosas, e a experiência acumulada em vida é a prova disso. Para se tornar Presidente da República inexistente uma idade teto, porém para escolher o regime de bens de seu casamento existe um limite. A lógica, por si só, é contraditória. A personalidade civil é obtida com o nascimento com vida³⁵, segundo art. 2, do Código Civil, e nenhum dispositivo restringe essa capacidade ao indivíduo quando atingir 70 (setenta) anos de idade. Em face ao exposto, restam argumentos que sustentam a inconstitucionalidade do tema; garantir o envelhecimento dos idosos é, no futuro próximo, garantir seus próprios direitos.

³⁴ ARISTÓTELES. *Os Pensadores. Ética a Nicômaco*. Nova Cultural. Vol. 2. p.26.

³⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Os Pensadores. Ética a Nicômaco**. Nova Cultural. Vol. 2. p.26. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4977081/mod_resource/content/1/Etica%20a%20Nicomaco%20%28Aristoteles%29.pdf.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência** - Coordenação Ministro Cezar Peluso. Editora: Manole. 2018. p. 1.778. Disponível em: <https://archive.org/details/cezar-peluso-codigo-civil-comentado-doutrina-e-jurisprudencia/page/1770/mode/2up?view=theater>.

Código de Normas. CGJ - Pernambuco. Disponível em:

<https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/145643/Codigo+de+Normas+atual.+at%C3%A9+Prov+01.2018+DJE+09fev2018.pdf/3c55cd42-f995-5d6d-6921-87c7ebe8e6b5>

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/amor-nao-tem-idade/>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª Edição. Editora: Revista dos Tribunais. 2015. p. 44 e p. 655. Disponível em: <https://www.udc.edu.br/libwww/udc/uploads/uploadsMateriais/27052019144452Manual%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Maria%20Berenice%20Dias.pdf>

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 29ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo/SP. 2012. p. 47. Disponível em: <https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/03/maria-helena-diniz-curso-de-direito-civil-brasileiro-vol-1-teoria-geral-do-direito-civil-2012.pdf>

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 4º ed. Editora: Saraiva. 2022. p. 236. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598612/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

Estatuto da Pessoa Idosa: Lei Federal nº 10.741, 01 de outubro de 2003. Brasília. DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_li-brary=SEN01&doc_number=001001510

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro. Editora: Lumen Juris. 2010. p. 244/245. Disponível em: https://ibdfam.org.br/img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf

FERREIRA, Matheus. PEREIRA, Jeferson Botelho. CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de. **Reflexões jurídicas sobre o art. 1641, II, do CCB, no tocante à obrigatoriedade do regime de separação de bens para maiores de 70 anos**. Artigo. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62533>

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 12ª Edição. Editora: Saraiva. 2022. p. 18 e p. 30. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. Editora: Atlas. 2008. p. 222.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18º ed. Editora: Saraiva. 2021. p. 185. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Direito Civil**. Editora. Manole. 2021. p. 367/369 e p. 386. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555763737/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69. Disponível em: <https://doceru.com/doc/nc155>

Manual de Partilha de Bens. Família e Sucessões. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Edição. p. 9/12. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/manualPartilha.pdf>

Projeto de Lei nº 189/2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1297884&filename=Tramitacao-PL+189/2015

Projeto de Lei nº 2.285/2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=517043&filename=Tramitacao-PL+2285/2007

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10º ed. Editora: Forense. 2018. p. 614. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

SCHOPENHAUER Arthur; VOLPI, Franco (Org). **A arte de envelhecer, ou, senilia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 20. Citação através do Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57745/a-inconstitucionalidade-da-obrigatoriedade-do-regime-de-separao-total-de-bens-para-maiores-de-70-anos>

TARTUCE, Flávio. **Código Civil Comentado**. Editora: Forense. 2019. p. 2.353. Disponível em: https://www.academia.edu/44376656/C%C3%B3digo_Civil_Comentado_Fl%C3%A1vio_Tartuce_e_outros_autores

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11º ed. Editora: Forense. 2021. p. 408 e p. 2.044. Disponível em: https://www.academia.edu/61972696/Manual_de_Direito_Civil_Fl%C3%A1vio_Tartuce_11ed_Forense_METODO_1_

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Família e Sucessões**. Vol. 5. 22º ed. Editora: Atlas. 2022. p. 12 e p. 312. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>. (BIBLIOTECA VIRTUAL – MACKENZIE)

WHITAKER, Dulce Consuelo Andreatta. **O Idoso na Contemporaneidade**. p. 04. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccedes/a/7nkZXCjVPmMkGZRWCBq9GFM/?format=pdf&lang=pt>

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Julio Cesar de Lucena Reis

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (inserir TIA), período (inserir período), turma (inserir turma), tendo realizado o TCC com o título: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS NUBENTES MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS

sob a orientação do(a) Professor(a) Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 07 de novembro de 2022.

DocuSigned by:

Julio Cesar de Lucena Reis

E4B5C8C2E3E4478...

Assinatura do discente