

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO
REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE
70 ANOS**

***THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF
THE REGIME OF SEPARATION OF GOODS TO ENGAGEMENTS OVER
70 YEARS OLD***

Nabya Carollynne Rodrigues de Melo¹ (UniEvangélica-Campus Ceres)

Aline de Assis Rodrigues do Amaral Muniz² (UniEvangélica-Campus Ceres)

RESUMO: Este trabalho visa, através abordagens metodológicas de pesquisa documental e bibliográfica, apreciar as principais características do casamento juntamente com os regimes de bens que lhe são aplicáveis, dando destaque à separação de bens de forma obrigatória para os maiores de setenta anos que pretendam casar-se, e os argumentos aplicados, tanto na defesa quanto na repressão da referida determinação legal. Esta pesquisa é relevante porque trata de um tema que provoca muitas opiniões conflitantes. Muitos entendem que essa ordem visa proteger os interesses dos idosos por acreditar que há certa incapacidade de fazer escolhas saudáveis com base na idade. No entanto, outros grupos doutrinários veem essa restrição como uma violação de princípios individuais, como a dignidade humana e o livre arbítrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Pessoa Idosa. Septuagenários. Regime de Casamento. Separação obrigatória.

ABSTRACT: *This work aims, through methodological approaches of documentary and bibliographical research, to appreciate the main characteristics of marriage together with the property regimes that apply to it, highlighting the mandatory separation of property for those over seventy years of age who intend to marry, and the arguments applied, both in the defense and in the repression of said legal determination. This research is relevant because it deals with a topic that provokes many conflicting opinions. Many understand that this order aims to protect the interests of the elderly, believing that there is a certain inability to make healthy choices based on age. However, other doctrinal groups see this restriction as a violation of individual principles, such as human dignity and free will.*

KEYWORDS: *Family Law. Elderly. Septuagenarians. Marriage Regime. Mandatory separation.*

¹ Graduanda em Direito pela UniEvangélica-Campus Ceres. E-mail: nabyacarollynne@gmail.com

² Graduada em Letras pela Fundação Universidade do Tocantins – Unitins (2010). Especialização em Docência Universitária pela Universidade Estadual de Goiás (2012). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis – UniEvangélica (2017). Mestra em Estudos Literários e Interculturalidade pelo Programa de Pós-Graduação em Língua, Literatura e Interculturalidade da Universidade de Goiás e Docente Universitária na UniEvangélica-Campus Ceres – Curso de Direito. E-mail: aline.muniz@docente.unievangelica.edu.br

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo tem como base o direito de família, ramo extremamente relevante, principalmente correlacionado ao direito da pessoa idosa principalmente pelo espectro do estatuto do idoso.

O objetivo fundante deste trabalho é realizar uma análise detalhada do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil e uma análise acerca da obrigatoriedade do regime de separação bens, resultante da presunção de incapacidade, para que os maiores de setenta anos, optem por sua própria vontade. Procura analisar se tal restrição é compatível com princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade e liberdade da pessoa humana. Também investiga se a regra visa realmente proteger os maiores de 70 anos de relacionamentos baseados em interesses econômicos ou se resulta em discriminação contra pessoas idosas.

Para tanto, este tema será dividido em três partes: primeiramente, será abordado o contexto histórico do direito de família, que abordará a questão relativa aos regimes de bens, com base nos princípios norteadores, tendo como ponto central o direito de família e os regimes bens; em segundo lugar, serão analisados os aspectos relativos à pessoa idosa, trazendo conceitos e principais pontos relevantes estabelecidos em legislações especiais, sendo o objeto principal deste estudo; e em uma terceira etapa, busca-se uma análise do artigo 1.641, II, do CC/02 e a obrigatoriedade do regime de separação de bens, sob o ângulo dos princípios da dignidade e liberdade da pessoa humana, e sob o prisma constitucional, a fim de esclarecer se tal restrição concedida aos septuagenários é realmente inconstitucional ou não, além de expor como a doutrina se posiciona nos casos em que tal norma é concedida.

2 CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA

Direito de família é um ramo estudado pelo Direito Civil que abarca vários institutos jurídicos, sendo que o que nos é pertinente para este trabalho é o instituto do

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

casamento e/ou união estável. (TARTUCE, 2019). A família³ é o alicerce do Estado, um núcleo fundamental de organização social, uma instituição sagrada e necessária, que merece cada vez mais a ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2019). No direito romano, família não apenas significava o grupo de pessoas que eram ligadas pelo sangue, ou que estavam sujeitas a uma mesma autoridade, mas também se confundia com o patrimônio, como nas expressões: *actio familiae erciscundae*, *agnatus proximues familiam habeto* e outras. Atualmente, conhecemos família em sentido amplo, como um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, ou seja, descendentes de um tronco em comum, e também família em sentido estrito, no qual abrange o casal e seus filhos (WALD; FONSECA, 2009, p. 01-02).

2.1 Breve histórico

Desde os primórdios, existia o acasalamento, seja para perpetuação da espécie ou aversão à solidão. Esse acasalamento era um fato natural, uma química biológica que tornava a família um agrupamento informal. Posteriormente, há o intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento a fim de regular relações interpessoais. Pois bem, a sociedade da época era mui conservadora, e para que houvesse uma aceitação social e reconhecimento jurídico, surgiu o matrimônio (DIAS, 2015). Conforme Wald (2015), a família brasileira sofreu as influências das famílias romanas, canônicas e germânicas. Em Roma, as famílias eram uma unidade política, econômica e religiosa. Os canonistas tinham o casamento como sagrado, instituíram alguns impedimentos e somente no século XIV é que admitiram a separação no caso de acordo entre os cônjuges. O direito canônico regulou o que era considerado família até meados do século XVIII. Consoante Gonçalves (2019), os canonistas eram contrários à dissolução do vínculo conjugal pois preconizavam que a união realizada por Deus era sagrada – *quod Deus conjunxit homo non separe*⁴.

No Brasil, a Lei 20/10/1823 manteve em vigor a legislação portuguesa e somente em meados do século XIX surgiu uma legislação especial referente ao casamento dos acatólicos

³ De acordo com Gonçalves (2015, p. 17), o vocábulo família *lato sensu* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral em comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, compreendendo os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.

⁴ Tradução: Porquanto o que Deus ajuntou, não o separe o homem.

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

– Lei nº 1.144, de 11/09/1861. A regulamentação do casamento civil foi feita pelo Decreto nº 181, de 24/01/1890, de autoria de Rui Barbosa, abolindo a jurisdição eclesiástica, considerando como único casamento válido o realizado por autoridades civis (WALD, 2015). Em 1916, é sancionado o primeiro Código Civil do Brasil, conhecido como Código Beviláqua, regulando a família constituída unicamente pelo matrimônio, pois eram punidos os vínculos extrapatrimoniais e filhos “ilegítimos” – os bastardos. Em 1962, foi ratificada a Lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) devolvendo a plena capacidade à mulher. Já no ano de 1977 foi instituída a Lei que previa o Divórcio por meio da Emenda Constitucional (EC) 09/77 e a Lei 6.515/77 eliminando a família como instituição sacralizada (DIAS, 2015).

Em 2002, foi sancionado o Novo Código Civil, onde há sobreposição dos vínculos de afeto à verdade biológica, enfatiza a igualdade dos cônjuges (art. 1.511), proíbe a interferência de terceiros no casamento (art. 1.513) e disciplina os regimes de bens (art. 1.640, § único). Ele ainda regula a união estável como entidade familiar, atenuando o princípio da imutabilidade de escolha do regime de bens (GONÇALVES, 2019).

2.2 Do casamento

O casamento é uma das tradições mais antigas e disseminadas no mundo, antigamente era um vínculo religioso idealizado pela Igreja Católica, a fim de estabelecer uma aliança entre famílias com vistas aos poderes e vantagens econômicas, onde os nubentes não escolhiam seus parceiros e havia a proibição do desfazimento desse vínculo. Atualmente, em nosso ordenamento jurídico considera-o como um contrato, de modo que ao estabelecer uma união conjugal, esta venha com direitos e deveres para todas as partes e há a necessidade do consentimento mútuo para a validação do ato (SANTOS, 2020).

No Brasil, até 1889, apenas dos católicos podiam casar-se, porém, sem o direito da dissolução do vínculo conjugal, e o casamento civil foi instituído em 1891, ainda com viés patriarcal (PIMENTEL JÚNIOR, 2021). A Constituição de 1891 estatuiu: “A República só reconhece o casamento civil, cuja o qual a celebração será gratuita” (DINIZ, 2015). Com a publicação da Lei nº 4.121 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), houve a aquisição da dignidade, equiparando seus direitos ao do marido, extinguindo sua incapacidade. Após a

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

promulgação da Magna Carta em 1988, foi regulamentada a nova concepção de família, deixando de ser hierarquizada para se tornar igualitária (XAVIER, 2016).

No atual Código Civil (2002)⁵, o casamento tem determinados fins, quais sejam: (I) a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; (II) a instituição da família matrimonial; (III) a prestação de auxílio mútuo e (IV) e os direitos e deveres matrimoniais (MORAES, 2020). Antes do estabelecimento de uma comunhão plena entre os nubentes, pelo fato do desencadeamento de efeitos econômicos é necessária a escolha adequada do regime de bens (FARIAS, 2013).

2.3 Regime de bens

Regime de bens nada mais é que o regime matrimonial escolhido pelo casal ao contrair núpcias, ele é que vai reger a administração dos bens, seja durante o casamento, seja com a dissolução. Estão elencados entre os artigos 1.511 a 1.638 do livro IV do Código Civil de 2002. Caso haja a dissolução da união conjugal, seja por óbito de um dos cônjuges, por escritura pública ou sentença de divórcio, ocorre a meação. Meação é a “metade dos bens pertencente a cada um dos cônjuges, cada uma das duas partes em que igualmente se dividem os bens de uma herança, para partilhas, direito de copropriedade, entre duas pessoas, sobre um ou mais objetos”, de acordo com o Dicionário Online de Português (MEAÇÃO, 2022), sendo assim, mear é dividir em partes iguais os patrimônios e/ou rendimentos de cada um, e o que determina essa meação é justamente o regime de bens adotado, sendo que a meação é irrenunciável, não pode ser cedida, nem tampouco penhorada (BAPTISTA, 2018).

2.4 Espécies

Em nosso ordenamento jurídico, há 4 (quatro) tipos/espécies de regime de separação de bens, dentre eles temos: a comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens,

⁵ Livro IV, do direito de família, título I, do direito pessoal, do subtítulo I, do casamento, do capítulo I

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

participação final nos aquestos e separação de bens, sendo este último dividido em convencional ou obrigatória/legal (PIMENTEL JÚNIOR, 2021).

2.4.1 Comunhão parcial de bens

Este regime está delimitado no artigo 1.658 do Código Civil de 2002, em seu capítulo III, o qual dispõe que, “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. No artigo 1.660 do mesmo código, estão dispostos os bens que entram na comunhão, os de títulos onerosos⁶.

2.4.2 Comunhão universal de bens

O artigo 1.667 do CC/2002 aduz que “o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens, tanto os presentes bem como os futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”. Esse regime visa tornar comum os bens de cada cônjuge antes de contrair núpcias como os adquiridos após o casamento, gerando uma comunhão plena de vida e patrimônio (PIMENTEL JÚNIOR, 2021).

2.4.3 Participação final nos aquestos

Este regime é semelhante ao da comunhão parcial, trata-se dos bens adquiridos de forma onerosa após a dissolução do vínculo conjugal, mas que, durante a constância do casamento, cada cônjuge possui seu próprio patrimônio e a administração exclusiva de seus

⁶ Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

bens, e está disposto no artigo 1.672⁷ ao 1.686 do CC/2002. É uma fusão do regime de comunhão parcial juntamente com o de separação total (MEDEIROS; NEVES; VILELA, 2022).

2.4.4 Separação de bens

É um regime que tem como principal característica a não comunicabilidade de bens entre os cônjuges, na morte, na vida ou na meação (MORAES, 2020). Os outros regimes aqui abarcados dispõem sobre a livre escolha deles, porém, o regime de separação é diferente também nesse quesito, pois ele impõe a obrigatoriedade em determinados casos que estão descritos no art. 1.641⁸ do CC/02, conforme preconiza Dias (2015). Há ainda a subdivisão desse regime: a) regime de separação convencional de bens e b) regime de separação obrigatória de bens (instituto deste trabalho). No modo convencional, é onde as partes escolhem o regime, conforme art. 1688⁹ do CC. (BAPTISTA, 2018).

2.4.4.1 Separação Obrigatória de bens

Arnoldo Wald explica que “não há total liberdade de escolha do regime, pois a lei obriga, em certos casos, as partes a se casar em regime de separação”. A infringência desse impedimento não acarreta a nulidade, anulabilidade ou inexistência do negócio jurídico, somente ocasiona a imposição de sanção, como o regime de separação de bens. (MEDEIROS; NEVES; VILELA, 2022).

⁷ Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

⁸ 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. (BRASIL, 2002).

⁹ estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real". Além disso, “ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação contrária definida no pacto antenupcial

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

3 DEFINIÇÃO DE IDOSO

O termo “idoso” é usado para descrever diferentes faixas etárias. A lei nº 1.074.125, de 1º de outubro de 2003, denominada Lei do Idoso, define como idosa a pessoa com mais de 60 anos. (DINIZ, 2015). A lei considerou apenas critérios de idade para categorização, independentemente de sexo, clareza, vitalidade ou mesmo condição física e mental. Aqueles que atingirem o marco cronológico legalmente estabelecido foram considerados mais velhos. Maria Helena Diniz definiu melhor o idoso como a pessoa que:

[...] goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades, facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (DINIZ, 2015).

O processo de envelhecimento é diferente para cada pessoa e, desse ponto de vista, não há como definir critérios para a escolha da idade como ponto de partida para o envelhecimento e a impossibilidade de escolha. É importante lembrar que envelhecer faz parte da trajetória de vida de todos, e que as experiências realizadas ao longo da vida vêm à tona com o amadurecimento. Um homem não é velho só porque atingiu uma determinada idade. (BRAGA, 2005).

3.1 Os direitos assegurados às pessoas idosas

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece a vulnerabilidade do idoso ao estabelecer normas que visam melhores condições de vida. No entanto, a maioria das leis relacionadas à proteção dos direitos dos idosos foi elaborada em uma época em que a expectativa de vida era muito menor do que é hoje, o que revelava certa vulnerabilidade diante das pessoas legalmente consideradas idosas. (MIRANDA, RIVA, 2014). A evolução da medicina especialmente medicina geriátrica quebra o paradigma da vulnerabilidade que deve ser removido em algumas situações. Hoje, nem todos sofrem com a fragilidade ou fraqueza simplesmente por terem mais de sessenta anos. No entanto, de acordo com a legislação

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

brasileira, todo idoso é considerado vulnerável e essa atribuição inadequada pode colocar em risco a autonomia da pessoa idosa. (MIRANDA, RIVA, 2016).

A idade avançada, por si só, não gera incapacidade. No entanto, não é compatível com os pré-requisitos de equidade que alguém seja considerado incapaz de tomar decisões e desempenhar as suas funções pelo simples fato de ter ultrapassado uma determinada idade. (MIRANDA, RIVA, 2014).

3.2 A Constituição Federal de 1988 e os direitos do idoso

A CF/1988 voltou a consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Observa a igualdade de tratamento e o direito à vida digna estabelecidos na CF/1988 e, sobretudo, a necessidade de atenção especial a uma parcela da população visando à proteção dos direitos fundamentais em específico ao idoso, levando em consideração sua necessidade especial de proteção. (BRASIL, 1988). Consequentemente, o idoso não será discriminado e será garantido, sempre, a inviolabilidade do direito à vida à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (MIRANDA, RIVA, 2016). Segundo Wolkmer e Leite (2003, p. 135), o fato de as pessoas envelhecerem em nada as priva de sua capacidade, pois continuam sendo humanos com os mesmos direitos inalienáveis de todas as demais pessoas.

3.3 Direito e o Estatuto da Pessoa Idosa.

Em 2023, comemoramos vinte anos da lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Esta lei traz as principais disposições já previstas na CF/1988, bem como novas medidas gerais e específicas de proteção ao idoso. (BRASIL, 2003). No Estatuto do Idoso, em seu Título II, traz consigo os direitos fundamentais garantidos à pessoa idosa, entre elas, o direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação, ao trabalho, à seguridade social e ao transporte. (BRASIL, 2003). Desse modo, “considera-se idoso o sexagenário e pouco importa sua condição de vitalidade, esteja ele em pleno vigor físico ou nos anos da decrepitude” (VILAS BOAS, 2009, p. 2).

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

O Estatuto do Idoso apenas reafirma os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna como o rol de direitos que protegem a dignidade da pessoa humana. Este princípio se repete diversas vezes no Estatuto do Idoso, garantindo liberdade, respeito, e lembrando novamente que o idoso é sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantindo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral. (WOLKMER, LEITE, 2003). Por meio da lei da Política Nacional do Idoso, o Estado busca regular e garantir os direitos sociais, criar e manter condições propícias à autonomia inclusão e participação efetiva do idoso na sociedade. A referida lei e o estatuto prestam-se à consolidação e vigência preconizadas pela Constituição Federal de 1988. No fim, a velhice é um caminho sem volta. (MIRANDA; RIVA, 2016)

Os avanços na escolaridade nos sistemas de saúde e nas redes de saneamento básico têm sido fatores fundamentais para o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, sendo possível observarmos que o envelhecimento da população é iminente e destacamos que, além de viver mais, o brasileiro quer viver melhor. (WOLKMER, LEITE, 2003). A inclusão ativa do idoso na vida social e política e nas orientações legais deve acompanhar o desenvolvimento da longevidade humana, de modo a não seguir apenas um caráter etário. (MIRANDA; RIVA, 2014).

3.4 Da presunção de incapacidade dos maiores de 70 anos

A capacidade jurídica está prevista no artigo 1º da codificação Civil de 2002 e estabelece que toda pessoa é capaz de exercer direitos e deveres. Analisando este artigo, fica claro que o conceito de personalidade está relacionado ao conceito de habilidade. (BRASIL, 2002). No entanto, o direito à personalidade refere-se a um atributo inerente ao ser humano. Consequentemente, todo ser que nasce vivo torna-se uma pessoa, ou seja, adquire uma personalidade. Na mesma linha, Carlos Roberto Gonçalves afirma que a personalidade pode ser definida como a capacitância genérica de contrair obrigações ou deveres na ordem civil. (GONCALVES, RICARDONI, 2019).

No que diz respeito à capacidade, deve-se fazer uma distinção entre capacidade real e a capacidade própria. Ou seja, a capacidade real, por lei, é aquela que toda pessoa possui ao

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

nascer com vida. Gonçalves diz que esse tipo de capacidade é reconhecido a todos os seres humanos sem qualquer distinção ao nascer. (GONCALVES, RICALDONI, 2019). Lado outro, capacidade própria, objeto do estudo em foco, refere-se à capacidade de praticar, por si mesmo, os atos da vida civil. No entanto, nem todas as pessoas o têm, pois devido a determinadas circunstâncias, como saúde, desenvolvimento mental, e idade, a lei, para protegê-los, acaba restringindo o exercício pessoal de seu direito, exigindo a participação de outra pessoa (curador/responsável/ tutor), que figura para auxiliar, nas limitações impostas, a qual a própria lei encarrega-se de limitá-los quando julgar necessário. (FERRIANE, 2012). Consequentemente, para Carlos Roberto Gonçalves, a incapacidade é a limitação legal ao exercício dos atos civis, imposta por lei apenas àqueles que excepcionalmente necessitam de proteção, pois a capacidade jurídica é a regra. (GONCALVES, RICALDONI, 2019).

3.5 Da presunção de incapacidade para o casamento.

Sendo a capacidade afetada pela restrição imposta pelo artigo 1.641, inciso II da Código Civil de 2002, a incapacidade de fato, pois, quando o septuagenário tem seu direito restringido de escolher qual regime patrimonial adotará, em razão de sua idade, a lei acaba rotulando esse indivíduo como incapaz. (BRASIL, 2002).

3.6 Mecanismos de proteção ao idoso

Para proteger os indivíduos da vulnerabilidade que ocorre na velhice, o Brasil dispõe de diversos mecanismos voltados à proteção dos direitos do idoso em seu ordenamento jurídico. (SILVA, 2021). O primeiro documento legal mencionado é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma das constituições mais garantidoras do mundo. No arcabouço normativo de leis da Constituição Federal Brasileira, mais precisamente em seu capítulo sétimo, reconhece à família, à sociedade e ao Estado a "obrigação de amparar o idoso, de assegurar sua participação na comunidade de proteger e garantir sua dignidade e bem-estar" (BRASIL, 1988).

Com o objetivo de regulamentar ainda mais a proteção do idoso no ordenamento

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

jurídico brasileiro, “com o advento da lei nº 8.842/1994 voltada para a garantia dos direitos sociais, foi instituída uma política nacional de proteção ao idoso. Posteriormente, a lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabeleceu os estatutos do idoso (EI) e deu outras providências” (MALUF; MALUF, 2016, p.549). Um exemplo que pode ser citado desse problema é a proibição legal da escolha do regime de bens por pessoas com mais de 70 anos. Essa definição está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muitos anos. Desde o antigo Código Civil de 1916, “imprimia mesmas restrições aos homens com mais de 60 anos e às mulheres com mais de 50 anos” (FERRIANE, 2012, online).

Assim, é possível perceber que esta imposição obrigatória do regime de separação de bens para o casamento dos maiores de 70 anos assenta no preconceito que a sociedade sempre teve em relação ao casamento “entre idosos ou pelo menos com um dos dois sendo idosos, [...] ainda mais quando um dos cônjuges tem melhores condições financeiros do que o outro” (PINHEIRO, 2020, online). Se é verdade que esses casamentos podem acontecer por interesse nessas faixas etárias, também é verdade que pode ser igual em todas as idades (PEREIRA, 2017, p. 983), trata-se de um obstáculo que gera uma série de controvérsias que confirmaram a constitucionalidade do Art.1.641 artigo II do Código Civil Brasileiro.

4 DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NAS RELAÇÕES COM PESSOAS COM 70 (SETENTA) ANOS OU MAIS

O Código Civil de 2002 tratou da separação obrigatória do regime de bens quase de forma análoga ao antigo Código de 1916, o qual optou por manter em vigor a regra de proteção aos bens da pessoa dos idosa, que acompanha a imposição considerando unicamente a questão idade. (SILVA, 2021). Já em dezembro de 2010, com a promulgação da lei 12.344 que alterou o limite de idade para escolha do regime patrimonial, tendo como novo marco a idade de setenta anos, para a obrigatoriedade do regime de separação de bens. A determinação foi clara, pois, quando um dos cônjuges for maior de setenta anos, os cônjuges não podem escolher o regime de bens mais adequado aos seus interesses. A única exceção à regra é quando o casal já está em união estável e propõe a conversão em casamento conforme o estabelecido pelo artigo 226 da CF de 1988 (PINHEIRO, 2020). No entanto, o ordenamento jurídico ignora

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

que a busca pela felicidade pessoal é infinita, não havendo limite de idade para ser feliz em um relacionamento. Cada vez mais, idosos estão procurando por seus pares, e por relacionamentos conjugais. Muitas pessoas têm escolhido esperar a maturidade para se unirem a outra e, quando encontram, casam-se, vivem juntos, criam algum outro tipo de família, da mesma forma que pessoas mais novas. (SERPA, 2020). Atualmente, a qualidade e a expectativa de vida das pessoas estão aumentando, o que torna essa decisão possível em uma idade cada vez mais avançada, podendo uma vida familiar começar a ser construída já na terceira idade, como é popularmente conhecida (PINHEIRO, 2020).

4.1 Da (in)constitucionalidade do regime de bens imposto aos nubentes com 70 anos ou mais

No entanto, a autonomia no que se refere ao direito de escolha do regime de bens imposto aos maiores de 70 anos, é considerada arcaica, pois é contrária à política democrática de direito do Estado e tem efeito negativo cerceando a liberdade de decisão. (FURTADO, 2019). Nesse sentido, dispõe o artigo 1.641, II, CC que é totalmente contrário ao que defende o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um direito inviolável estabelecido na Carta Magna, pois cerceia completamente a liberdade do indivíduo em sua escolha para a constância do matrimônio. (DINIZ, 2011). O regime da separação de bens determina, como já referido, a total incomunicabilidade dos bens dos cônjuges, o que se justifica no ordenamento jurídico, pela prevenção da fraude através do casamento, procurando assim proteger a saúde mental dos idosos de eventuais desilusões e violações da relação, por criar expectativas. (SERPA, 2020). Além disso, essa maior proteção também tem por efeito a limitação da felicidade dos idosos, dificultando assim a busca de uma união a qual por ele é desejada e que nem sempre conta com a aprovação de seus familiares, visto que esses podem almejar vantagens financeiras em decorrência de sua morte, não priorizando a realização pessoal do idoso, sobrepondo-se sempre os interesses patrimoniais (FURTADO, 2019). Nesse sentido, o ato de restringir o casamento de pessoas com 70 anos ou mais por um sistema legal as priva da capacidade de determinar seu futuro em detrimento de sua idade, o que é inconsistente com o disposto no Código Civil, visto que não está elencado no rol taxativo de incapacidade civil. (PINHEIRO, 2020).

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O parágrafo II do Art. 1.641, do Código Civil de 2002, que dispõe sobre o regime de partilha de bens em relação aos idosos, é inconstitucional. Confirmou-se a hipótese levantada neste estudo sobre a inconstitucionalidade da imposição de um regime de separação de bens para idosos. Os argumentos da maioria da doutrina apontam para a violação dos princípios constitucionais introduzidos pelo art. 1, inciso IV e pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal, destacam-se entre eles a proibição da discriminação, o princípio da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Além disso, é de acordo com estes princípios que se assegura a independência da vontade e autodeterminação com relação ao disposto no art. 1.641 CC, ou seja, visam proteger o patrimônio dos idosos e/ou de terceiros de possíveis “golpes”. No entanto, ao considerar esses argumentos patrimoniais por meio de uma regra de interpretação constitucional cujos parâmetros são a necessidade, a razoabilidade e a adequação, eles não se sustentam diante da indisponibilidade de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, que supõe o direito à autossuficiência, a autodeterminação, a igualdade, a liberdade, entre outros princípios que garantem uma existência digna.

Para sustentar a tese de que o idoso tem direito a uma existência digna com o exercício da liberdade, este trabalho discorreu sobre a capacidade do idoso para os atos da vida civil, concluindo, a partir da análise de diversos autores, tanto no campo jurídico quanto no campo social que o envelhecimento não é em si uma deficiência. Envelhecer com saúde é possível, com clareza e com condições físicas. Portanto, critérios de idade não podem ser tomados como base para limitar os idosos, sem levar em conta as diversificações desse grupo. A abordagem dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens demonstrou que este regime tem significativo impacto na vida dos cônjuges - ressalvada a aplicação da Súmula 377 do STF - impedindo-os, entre outras restrições, de concorrer com os descendentes em a divisão dos bens e administrar o patrimônio adquirido pelo esforço comum. Este fato pode colocar o cônjuge viúvo ou divorciado em dificuldades financeiras.

Diante de tais efeitos adversos, presume-se que a vontade dos cônjuges não foi considerada por não ter sido invocada. Conclui-se que deve ser garantido aos idosos o direito

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

de participar do debate sobre as leis que podem afetar suas vidas e de escolher o regime de bens que melhor lhes convém. Finalmente, diante das mudanças históricas e do reconhecimento recente da pluralidade das formas familiares, que têm dado visibilidade aos arranjos familiares não tradicionais, é preciso lembrar que se espera que os idosos tenham liberdade para se desvincular dos papéis socialmente edificados para sua categoria social. E, como qualquer outro sujeito de direitos, possam escolher a forma de família que mais lhes convém, projetando e assumindo a própria existência diante das incertezas que as possibilidades naturalmente ofereçam.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Raphaela Muniz. **A inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens para as pessoas acima de setenta anos de idade.** 33 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Faculdades Doctum de Guarapari. Guarapari-ES, 2018.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do Idoso.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Senado Federal, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 de set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003** (Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Direito de família.** Volume V. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 827

GONÇALVES, Robert Souza; RICALDONI, Débora Moreira Maia. Presunção da incapacidade do septuagenário no regime de separação de bens em face da violação aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro–RECONTO**, v. 2, n. 2, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Nabya Carollyne Rodrigues de; MUNIZ, Aline de Assis Rodrigues do Amaral. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS NUBENTES COM MAIS DE 70 ANOS.**

MEDEIROS, André Araújo de; NEVES, Haroldo Murilo Cotta; VILELA, Janaína Alcântara, Vilela. 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 - REASE**, São Paulo, v. 8, n. 06. 15 p, jun. 2022. ISSN - 2675 - 3375.

MIRANDA, E. C.; RIVA, L. C. O direito dos idosos: Constituição Federal de 1988 e Estatuto do Idoso. **Anais do SCIENCULT**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 125–138, 2016. Disponível em: <https://anaisonline.uems.br/index.php/sciencult/article/view/3417>. Acesso em: 12 mar. 2023.

MEAÇÃO. In: DICIO, **Dicionário Online de Português**. 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/meacao/>. Acesso em: 14/11/2022

MORAES, Ana Paula. **Inconstitucionalidade na vedação de escolha de regime de bens para maiores de 70 anos**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25.ed. vol. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2017

PIMENTEL, Júnior Ademir Paulo. **A inconstitucionalidade na vedação à escolha de regime de bens para maiores de setenta anos**. Niterói: Universidade Federal Fluminense - UFF, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.(v. 5).

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Recebido em 29/04/2023

Aprovado em 26/05/2023