

O LIVRE DIREITO DE AMAR E DISPOR: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IDADE

Taiane Lima de Castro

Graduada pela Universidade Santa Úrsula.
Advogada.

Resumo – com o avanço da sociedade as relações pessoais e familiares sofreram mudanças, a família formada por homem, mulher e prole deu espaço às mais variadas formas de família pautadas pelo afeto. A impossibilidade da legislação abranger as mudanças da sociedade em tempo real traz atraso no que tange à proteção e observação de direitos fundamentais, devendo o intérprete realizar leituras com base nos princípios constitucionais. O presente trabalho visa abordar o tema da imposição do regime da separação obrigatória para a pessoa idosa com 70 anos e a necessidade de revisitar o instituto a partir da interpretação para adequá-lo à realidade da sociedade.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Civil. Regime de bens. Separação obrigatória. Controle de Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A formação da família e a proteção conferida pela constituição federal. 2. Livre direito de amar, mas e de dispor?. 3. Julgamento do tema 1236 no STF com a possível declaração de inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens com relação ao septuagenário. Procura-se demonstrar a necessidade de revisitação do instituto sendo realizada uma leitura à base da Constituição Federal.

Para isso, abordam-se as posições jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema com o objetivo de discutir se a imposição do regime da separação obrigatória à pessoa idosa com 70 anos possui amparo na legislação, buscam-se fundamentos para o cerceamento da liberdade patrimonial do idoso e se há ofensa ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a pessoa idosa como integrante de grupo vulnerável prevendo a máxima proteção assim como impõe como dever geral o resguardo de todos os direitos fundamentais preservando sua dignidade.

O tema é controvertido, pois o legislador ao produzir a norma restritiva à liberdade do regime de bens buscou proteger patrimonialmente o septuagenário supondo ausência de discernimento para cuidar desse aspecto ao passo que tal imposição limita o direito fundamental à liberdade patrimonial e gera uma presunção de incapacidade sem qualquer respaldo.



Para melhor desenvolvimento do tema, é necessário histórico de construção das famílias passando pelas diversas legislações até atingir o conceito de família eudemonista após o advento da Constituição Federal de 1988 cujo objetivo se funda na dignidade da pessoa humana que busca o bem-estar de todos os membros. Planeja-se estimular a atenção para a necessidade de abrir mão de pré-conceitos estabelecidos sob a égide de uma sociedade patriarcal e hierarquizada para que cada vez mais sejam apresentados projetos de lei respeitando o afeto e a igualdade entre os indivíduos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a construção histórica das famílias desde sua base com o homem como chefe da casa com a subordinação da mulher e da prole até a constitucionalização dos direitos fundamentais que trouxe a igualdade entre o casal em todos os âmbitos. Ressalta-se a importância da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e as interpretações normativas. Traz o capítulo a evolução na qual o casamento era o único meio de formação das famílias para a união estável que privilegia o afeto.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o casamento e a união estável são uns dos meios formais para constituição de família perante o Estado. Explica-se o processo para o casamento, a capacidade civil e a autonomia da vontade para o regime de bens. Discorre sobre a imposição do regime obrigatório de separação de bens para a pessoa idosa com 70 anos e de que forma a legislação foi construída.

O terceiro capítulo pesquisa a afetação do tema da separação obrigatória de bens para o septuagenário com os argumentos expostos pela manifestação do ministro relator e dos julgadores anteriores da instância originária. Coloca-se a norma em destaque com o intuito de verificar se há necessidade de declaração da inconstitucionalidade com base na interpretação dos direitos fundamentais envolvidos com o contrapeso da proteção constitucional garantida à pessoa idosa.

Quanto ao método, utiliza-se o hipotético-dedutivo, pois foram identificadas questões que são tratadas como premissas para que seja o problema analisado. Por outro lado, o tratamento do objeto da pesquisa será o qualitativo, pois a pesquisadora utilizará bibliografia pertinente ao caso com o estudo de doutrina, de legislação e de jurisprudência e, com isso, assegurar os argumentos que demonstram a hipótese do trabalho.

1. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA E A PROTEÇÃO CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Historicamente, o ser humano sempre buscou estar em grupo para questões de sobrevivência e o acasalamento foi natural já que há o instinto de perpetuar a espécie. Levando em consideração que o Direito e sociedade são umbilicalmente ligados, mas aquele nunca consegue estar à frente do corpo social, o conceito de família regulada pelas normas não é a única forma de construção desta.

Com o desenvolvimento da sociedade fortemente influenciada pela Igreja Católica, momento no qual Estado e Direito eram determinados pela fé, o conceito de família confundia-se com uma ideia moral. O homem era tido como o chefe da casa e, por consequência, a família tinha uma característica hierarquizada e patriarcal. A regra de homem trabalha e mulher cuida da casa sofreu mudança com a Revolução Industrial já que as famílias se deslocaram para a cidade e todos precisavam trabalhar – incluindo as crianças – e aquele grande grupo ligado pelo afeto que morava no campo passou a ser restrita contando com o casal e seus filhos¹.

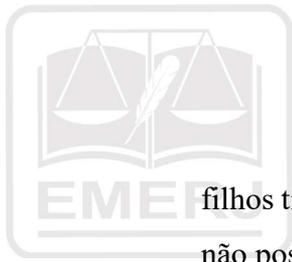
Ao final do século XVIII são reconhecidos os chamados direitos fundamentais de primeira geração focados na ideia de igualdade, liberdade e propriedade com a ruptura do absolutismo. Apesar de haver definição de outras gerações, todas são acréscimos da base como a implementação dos direitos sociais, econômicos, culturais, após com os direitos coletivos e difusos, chegando ao direito à felicidade². O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais foi peça chave nas mudanças estruturais nos modelos de famílias.

Apesar deste desenvolvimento dos direitos fundamentais acima mencionado, no Brasil, o Código Civil de 1916³ trazia a ideia de família no formato patriarcal e engessado que somente poderia ser formada pelo casamento de homem e mulher. A intervenção estatal era tamanha que a dissolução não era possível, bem como os membros não possuíam status igualitário. A instituição casamento era tida como o correto e aqueles que se uniam pelo afeto sem o vínculo formal ou mulheres que engravidavam sem estarem casadas eram tratados de forma pejorativa sem qualquer garantia de direitos. Havia também a diferenciação para os

¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022, p. 37.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022, p. 369-378.

³ BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.



filhos tidos na constância formal do casamento e os tidos fora do matrimônio, filhos estes que não possuíam qualquer direito sucessório.

O patrimônio do casal era gerido exclusivamente pelo homem e foi apenas em 1962⁴ que a mulher passou a ter plena capacidade civil com a propriedade dos bens fruto de seu próprio trabalho e em 1977 foi possível o divórcio⁵. Importante mencionar que a Constituição de 1988 afirma que a família é tida como base da sociedade recebendo proteção Constitucional no art. 226⁶. Sendo base da sociedade não somente no Brasil como no mundo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza no art. 16.3 “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”⁷.

Por ter papel tão importante na sociedade qualquer mudança no âmbito legislativo causa grande impacto. Conforme observado, o conceito de família começa com o grupo familiar formado por homem, mulher e filhos. Contudo, conforme a sociedade avança e sofre influência da chamada globalização o Direito deve permanecer em constante mudança para abarcar a maior possibilidade possível de indivíduos e novas configurações que devido à história patriarcal não eram contemplados. Locke já defendia que “o legislador não cria direitos, mas aperfeiçoa a sua tutela, no suposto de que esses direitos preexistem ao Estado; daí o Poder Público não poder afetar arbitrariamente a vida e a propriedade dos indivíduos”.⁸

Alcançou-se então com a Constituição de 1988 um movimento que vinha se desenhando pelo mundo que é a defesa dos direitos fundamentais e principalmente da igualdade e liberdade. A Constituição como centro do ordenamento em que toda norma deve ser interpretada à luz dos direitos fundamentais sempre para aumentar e nunca retroagir⁹.

O formato patriarcal e hierárquico de família com sua ideia engessada deu lugar ao que deveria ser a base de toda e qualquer relação: o afeto e a igualdade. A Constituição de 1988 trouxe expresso a igualdade entre homem e mulher protegendo de forma igualitária todos os membros da família sendo o casamento apenas um dos meios junto com a união estável de constituição formal de família, não havendo qualquer diferença entre os institutos

⁴ BRASIL. *Estatuto da Mulher Casada, 1962*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁵ BRASIL. *Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁶ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁷ ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2019. [ebook].

⁹ FERNANDES, op. cit., p. 325-362.

que pudesse causar discriminação.

Não há necessidade de se definir o que é família sob pena de cometer-se injustiças, mas sim há o dever de se preservar e proteger o que há de mais valioso das pessoas: afeto, lealdade, solidariedade, confiança, respeito e amor. Dias¹⁰ sustenta que há necessidade de se estabelecer um limite para a intervenção estatal na organização familiar para que tal intervenção não prejudique o direito à liberdade de ser quem quiser do jeito que lhe couber.

O Código Civil de 2002 já estreou sob a égide da Constituição Federal, ou seja, houve uma constitucionalização do Direito Civil momento no qual a dignidade da pessoa humana torna-se fundamento do Estado Democrático de Direito com previsão no art. 1º, III da Constituição¹¹.

A partir disso, os princípios constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico no qual toda norma deverá ser lida com base na interpretação que garanta a efetividade de tais axiomas, é o que se chama de interpretação conforme a Constituição¹². A dignidade da pessoa humana como fundamento tem uma interpretação ampla uma vez que não se consegue definir o que é, mas irradiam deste todos os outros princípios como autonomia privada, cidadania, igualdade, liberdade, entre outros.

Nesse sentido, discorreu o Ministro Celso De Mello¹³:

o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Dias¹⁴ especifica-o como o princípio que carrega a semente dos valores constitucionais sendo a primeira manifestação da nova ordem e que por isso é recheado de sentimentos e emoções só podendo ser sentido sem nunca conseguir uma definição expressa. Surge dessa ideia a obrigação do Estado não só em abster-se de violar a dignidade da pessoa humana como também traz um dever para que hajam políticas e leis para a implementação dessa dignidade.

Nessa esteira, o Estado tem como função garantir a proteção das famílias sejam elas

¹⁰ DIAS, op. cit., p. 42.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹³ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE 477.554-AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2023

¹⁴ DIAS, op. cit., p. 57.

como forem vez que os indivíduos possuem liberdade para formar sua família. Não deve o Estado discriminar as formas de constituição das famílias, mas sim cuidar para que os integrantes do núcleo familiar estejam envolvidos com afeto e respeitados por toda a sociedade. Ao respeitar a liberdade de amar do outro, resguarda-se a própria dignidade.

A Constituição Federal trouxe diversas mudanças com o objetivo de promover a igualdade e constantemente vem sendo interpretada em defesa da liberdade do indivíduo sem que sua escolha implique em qualquer discriminação.

Se havia dúvida quanto ao princípio da não intervenção estatal nas relações particulares, o art. 1513 do Código Civil¹⁵ proíbe a interferência na comunhão de vida instituída pela família. Contudo, como nenhum direito fundamental é absoluto, não se pode interpretar o dispositivo de forma isolada¹⁶.

Pode ser confirmado que o ordenamento jurídico adotou o afeto como fonte determinante para a configuração da família quando reconhece à união estável todos os direitos do casamento e quando estabelece no art. 5º, II da Lei Maria da Penha¹⁷ família como relação íntima de afeto.

Há os princípios expressos na Constituição Federal, mas como não se pode permitir o engessamento do Direito, a interpretação conforme a Constituição retira os princípios implícitos que, importante mencionar, não possuem hierarquia entre si sendo todos igualmente importantes.

Um desses princípios implícitos que vem sendo cada vez mais debatido e defendido é o Direito à Felicidade. A felicidade é estado que não possui definição objetiva uma vez que é de caráter pessoal. No entanto, a felicidade é tida como o objetivo do novo modelo de família denominado eudemonista que prioriza as relações de afeto com relações igualitárias baseadas no respeito e na realização individual de cada um¹⁸.

É nesse aspecto que Dias¹⁹ define lar como lugar de afeto e respeito. Com a família eudemonista o Estado adquiriu nova responsabilidade: a de garantir que o indivíduo alcance a felicidade da forma que melhor lhe couber tendo a certeza de que não haverá intervenção estatal na maneira que escolher administrar seus afetos e exercer suas liberdades.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁶ Deve aqui interpretar-se a norma garantindo a liberdade que em nada prejudica o bem estar do indivíduo e nem o interesse público, reiterando que o interesse público não poderá ser suscitado quando a justificativa for de base discriminatória. Um exemplo é a proteção com relação à abusos e violências cometidas no âmbito familiar que podem e devem ser denunciados por qualquer um sendo membro ou não da entidade.

¹⁷ BRASIL, *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 12.

¹⁹ DIAS, op. cit., p. 37.

2. LIVRE DIREITO DE AMAR, MAS E DE DISPOR?

Conforme o capítulo anterior, o Estado tem a obrigação de respeitar as diversas formas de amar do indivíduo devendo garantir a igualdade e a liberdade das relações na formação da entidade familiar.

Uma das maneiras de se formar família formalmente é por meio do casamento ou da união estável. Em que pese a Constituição Federal equiparar ambas as relações não podendo haver qualquer discriminação em relação aos direitos e deveres, um efeito específico não é igual. Nota²⁰ traz em seu artigo que o casamento desperta três efeitos em três diferentes planos: o social, o pessoal e o patrimonial.

O efeito social é baseado na alteração do estado civil dos cônjuges que passam a ser casados. Na união estável não há mudança no estado civil, permanecendo os companheiros com o mesmo estado civil anterior. Em que pese não haver mudança do estado civil, é permitido aos companheiros a mudança de sobrenome para acrescer ao próprio.

O efeito pessoal é aquele que a partir da união ambos adquirem deveres de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos todos previstos no art. 1566 do Código Civil²¹, não havendo taxatividade no rol.

Por último o efeito patrimonial que é o objeto central de estudo do presente artigo. Com o casamento ou a união estável, deve-se decidir o regime de bens que tem como propósito determinar como fica a comunicabilidade seja dos bens tidos como particulares seja dos bens adquiridos na constância da união.

Doutrina clássica determinava a natureza jurídica do casamento como contratual. Bevilaqua²² definiu casamento como “contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais”. Tal natureza jurídica já foi afastada pela doutrina moderna em razão da mudança na visão do instituto²³.

Entretanto, pode-se utilizar a característica de contrato apenas para ilustrar a base da relação patrimonial. Apesar de não mais ser considerado um contrato, o casamento é negócio jurídico bilateral que possui características únicas não podendo ser tratado como ramo

²⁰ NOTA, David Adriano. Efeitos do casamento e da união estável. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, nº 32, 98-117, nov. 2014.

²¹ BRASIL, op. cit. nota 3.

²² BEVILAQUA apud SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 922.

²³ Ibid.



contratual ou até mesmo obrigacional²⁴.

Negócio jurídico tem seu fundamento na manifestação de vontade, vontade esta que deve ser livre de qualquer vício. Respeitados os limites legais acerca de objeto, da forma e havendo capacidade para a prática do ato, a autonomia da vontade deverá sempre prevalecer²⁵. Para efeitos patrimoniais será utilizada a palavra casamento que também abrangerá a união estável fazendo diferenciações quando pertinentes.

O casamento tem em sua base muito antes do afeto, o acordo de vontades. Ainda que haja o sentimento, pode não haver a vontade de unir-se com o outro. Superficialmente não haveria aqui motivos para o Estado regular um aspecto tão íntimo da vida do indivíduo. No entanto, por envolver possíveis direitos de terceiros uma vez que ocorre o efeito patrimonial, há de ser devidamente regulado para proteção de indivíduos fora dessa relação.

Pode casar o indivíduo a partir dos dezesseis anos com autorização de ambos os pais ou representantes legais enquanto não completados dezoito anos, desde que não estejam presentes algum dos impedimentos previstos no art. 1.521 do Código Civil²⁶ dentre eles não ser casado.

Ultrapassadas a autonomia da vontade, a idade núbil e a ausência de impedimentos, vira-se para o regime de bens a ser utilizado. De acordo estabelecido no Código Civil²⁷, há quatro possibilidades de regime de bens: a) comunhão universal; b) comunhão parcial; c) participação final nos aquestos; e d) separação legal.

Na comunhão universal, como o próprio nome diz, forma-se um único bloco. Todos os bens de ambos os cônjuges adquiridos antes e durante o casamento compõem um conjunto. Dessa forma com o fim do casamento ocorre a meação na qual cada ex-cônjuge ficará com metade do patrimônio.

Na comunhão parcial, que é o regime adotado caso os nubentes não tenham escolhido, os bens adquiridos antes do casamento são chamados de particulares e permanecem sob propriedade de quem o adquiriu e somente há copropriedade dos bens adquiridos na constância do vínculo matrimonial. Portanto, com o fim do casamento cada um fica com os bens que já possuía antes do casamento acrescidos da metade dos bens adquiridos durante a união.

A participação final nos aquestos o casal mantém os bens particulares assim como ocorre na comunhão parcial, mas o diferencial está no ponto que cada cônjuge poderá adquirir

²⁴ DIAS, op. cit., p. 491.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 3

²⁷ Espécies elencadas entre os artigos 1.639 e 1.688.

bens em nome próprio durante o casamento e bens comuns. Contudo, no divórcio cada um ficará com seus bens particulares havendo a meação dos bens comuns e se os bens próprios de um estiverem em desequilíbrio aos bens próprios do outro, haverá o crédito de um com o outro²⁸.

Por fim, objeto de muita crítica, surge a separação legal também conhecida como separação obrigatória. A separação legal está prevista no art. 1.641 do Código Civil e é o único regime que o legislador não observa a autonomia da vontade, pois é o regime imposto ocorridas três situações para: as pessoas que casarem com inobservância das causas suspensivas²⁹ da celebração do casamento; da pessoa maior de setenta anos; e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Aqui não há escolha dos nubentes, mas deve ser feita diferenciação no tratamento imposto pelo legislador. As causas suspensivas para o casamento são um comando legislativo de que não deveriam se casar, mas se quiser pode. Contudo, caso ignorem o aviso e casem, por motivos de confusão patrimonial devem adotar o regime da separação legal.

O suprimento judicial para o casamento ocorre nos casos de não autorização dos pais ou representantes legais do indivíduo a partir dos dezesseis anos. Cessado o motivo da suspensão ou atingida a maioridade civil, não há óbice para que haja a mudança do regime de bens na constância do casamento bastando o pedido via judicial com as razões de mudança conforme dispõe art. 1639, §2º³⁰.

Diferente ocorre quando o casamento é celebrado por maior de setenta anos. Nas causas apresentadas acima há possibilidade de mudança do regime, sendo a imposição inicial do regime unicamente por causas transitórias. Na hipótese do casamento do septuagenário o regime é determinado unicamente porque o legislador considera que o indivíduo ao atingir setenta anos não mais possui liberdade patrimonial.

Aqui a intenção do legislador foi a de não permitir o entrelaçamento total da vida dos nubentes, ou seja, intervir no íntimo do indivíduo. Veloso³¹ vai ainda mais longe ao pontuar que:

desconfia o legislador da autenticidade dos amores vespertinos, da sinceridade das paixões crepusculares, suspeitando que há um interesse escuso, de cunho econômico por parte de quem se relaciona amorosamente com um idoso, pretendendo aplicar o que chama o vulgo de "golpe do baú". Daí prever o regime da separação (obrigatória)

²⁸ DIAS, op. cit., p. 697

²⁹ BRASIL, op.cit., nota 3.

³⁰ BRASIL, op.cit., nota 3.

³¹ VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso#:~:text=Queriam%20que%20o%20regime%20de,assim%20sendo%2C%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens>>. Acesso em: 30 jan. 2023.

de bens, com vistas a evitar ou, pelo menos, limitar as possibilidades de lucro ou vantagem do ardiloso.

Maria Berenice Dias³² afirma que a omissão legiferante em relação a alguns assuntos nem sempre é fruto da impossibilidade do Direito em se antecipar às mudanças da sociedade, mas sim puro desleixo ou até mesmo preconceito com situações que o legislador não aceita.

No mesmo sentido, pode-se aplicar o contrário uma vez que a produção de leis pode retirar do indivíduo direito fundamental - não de forma expressa - mas de modo que ele não possa escolher a forma da constituição de sua família por mero pré-conceito de não ter o suposto discernimento para tal escolha.

A Constituição Federal assegura a proteção de grupos considerados vulneráveis perante à sociedade determinando como dever de todos cuidar para que os direitos desses grupos sejam preservados. Entre esses grupos há os idosos que no art. 230 da Carta Magna³³ determina que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Não há qualquer erro em proteger grupos considerados vulneráveis, mas há uma contradição no momento que a Constituição veda qualquer tipo de discriminação em razão da idade e a legislação ordinária considera o idoso inapto à gerência de sua própria liberdade patrimonial.

A título comparativo de evolução de tutelas dos vulneráveis, cabe uma breve análise da última alteração na legislação civil correlata. Antes da reforma promovida no Código Civil no tocante às incapacidades em 2015 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴, eram tidos como absolutamente incapazes os que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para praticar atos da vida civil. Este dispositivo foi duramente criticado porque presumia que aquele que tivesse alguma enfermidade ou deficiência não teria o discernimento para casar, gerir patrimônio, exercer os direitos sexuais e reprodutivos, adotar etc.

Dessa maneira, foi revisado o instituto com a implementação do Estatuto promovendo a leitura conforme à Constituição de modo que a pessoa com deficiência não deve ser tratada de forma discriminatória sendo expressa que a deficiência não afeta a plena capacidade civil

³² DIAS, op. cit., p. 34.

³³ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁴ BRASIL, *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

garantindo que a pessoa com deficiência poderá exercer sua capacidade legal em condições de igualdade como todos, inclusive no que tange à escolha do regime de bens no casamento.

Trouxe a lei, também, o instituto da curatela somente quando necessário deixando expresso que mencionada medida afetará unicamente os direitos de natureza patrimonial e negocial, além de durar o menor tempo possível. Nesse aspecto, não há qualquer diferença da curatela exercida em casos de pessoas sem deficiência.

Comparando com o caso da imposição do regime legal de bens para o idoso a partir dos setenta anos pode ser observada uma forma de pré-suposição que o idoso não possui o discernimento para escolher o próprio regime de bens, ou seja, apenas porque um indivíduo atingiu a idade determinada pelo legislador ele automaticamente deixa de ser plenamente capaz de seus atos civis. Não podendo o legislador impedir o amor do septuagenário uma vez que não haveria suporte legal para tal, retirou a liberdade de dispor do patrimônio ferindo o princípio da não intervenção estatal sem qualquer justificativa concreta.

Deve ser observado que o próprio Código Civil³⁵ no seu artigo 3º que trata da incapacidade absoluta não insere qualquer caso além do menor de dezesseis anos em razão do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente. Na sequência em seu art. 4º há a listagem dos relativamente incapazes à certos atos ou à maneira de exercê-los não havendo dispositivo que coloque especificamente o idoso em qualquer das condições.

O Estatuto da Pessoa Idosa³⁶ não traz qualquer óbice à prática de todos os atos civis ratificando em diversos dispositivos a dignidade da pessoa humana como objeto de preservação para o idoso preconizando em seu 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.

O legislador traz uma presunção absoluta que afasta a capacidade mental do idoso sendo “uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial para fins nupciais³⁷”. Não à toa é motivo de constante crítica e atualmente teve o tema afetado para análise da constitucionalidade da norma no tema 1236 junto ao Supremo Tribunal Federal.

³⁵ BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶BRASIL, *Estatuto da Pessoa Idosa*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 3 ed. rev, atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1754.

3. JULGAMENTO DO TEMA 1236 NO STF COM A POSSÍVEL DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1641, II DO CÓDIGO CIVIL.

De acordo com exposto no capítulo 1, toda norma deve ser lida com base na Constituição Federal e seus princípios. Ainda que haja a norma positivada – editada antes ou após a Constituição Federal – há de ser observado se está em consonância com o objetivo do princípio constitucional, ora norma de maior hierarquia no ordenamento jurídico e dotada de máxima efetividade normativa.

O casamento e a união estável, embora se diferenciem no efeito social, uma vez que somente no casamento há alteração do estado civil, são considerados institutos iguais perante a lei não podendo haver qualquer tipo de diferenciação que prejudique o companheiro devendo qualquer dispositivo que contenha cônjuge ser extensivo ao companheiro³⁸.

Contudo, também foi dito que não se pode interpretar lei para restringir direitos. A letra da lei no art. 1641, *caput*³⁹, se refere à palavra casamento, não há menção à união estável. Caso fosse aplicada objetivamente a interpretação equiparando casamento e união estável ambos estariam englobados pela legislação, sendo impositivo o regime de bens.

No entanto, ao fazê-lo estar-se-ia realizando uma interpretação que restringe o direito fundamental da liberdade do indivíduo ao querer dispor de seu regime de bens. E é nesse aspecto que a imposição do regime de separação obrigatória de bens na união estável começa a chamar atenção dos intérpretes da norma. O Tema 1236 versa sobre o *leading case* no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1309642⁴⁰ originário de São Paulo. A discussão é exatamente sobre qual o regime de bens deve ser aplicado à união estável iniciada após um dos indivíduos já possuir setenta anos.

A discussão deu-se após a morte do companheiro septuagenário, em juízo de primeiro grau foi declarada a inconstitucionalidade do art. 1641, II do Código Civil de maneira incidental, aplicando à união estável o regime supletivo da comunhão parcial de bens devendo a companheira sobrevivente concorrer com os descendentes do falecido. Foram utilizados pelo juízo os argumentos de que o dispositivo é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana e a liberdade do idoso, é mencionada também a proibição de interpretação

³⁸BRASIL, op. cit. nota 12.

³⁹BRASIL, op. cit., nota 3.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 1309642*. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=6096433>. Acesso em: 15 dez. 2022.

extensiva em norma que restrinja direitos⁴¹.

Em recurso interposto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a decisão foi reformada aplicando o regime obrigatório de separação à união estável afirmando que o legislador buscou proteger o idoso e seus herdeiros necessários de casamentos realizados com objetivos econômico-patrimoniais. Tendo, portanto, a companheira sobrevivente teria direito somente à meação dos bens adquiridos de forma onerosa ao longo do vínculo na inteligência do Enunciado de Súmula 377 do STF⁴² “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Houve interposição de Recurso Extraordinário sustentando haver violação do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade além da interpretação extensiva à norma restritiva de direitos. Barroso⁴³ ao afetar o tema como repercussão geral elucida a necessidade de se obter resposta à lide pois:

destacam-se os aspectos (i) social, já que a definição do regime de bens aplicável às uniões familiares contraídas por maiores de setenta anos produz impactos diretos na organização da vida da sociedade brasileira; (ii) jurídico, porque a questão guarda relação com a interpretação e o alcance de normas constitucionais que asseguram especial proteção a pessoas idosas; e (iii) econômico, eis que a tese a ser fixada produzirá impacto direto nos regimes patrimonial e sucessório de maiores de setenta anos.

O argumento elucidado pelo Tribunal de Justiça para reformar a decisão de primeiro grau que declarou a inconstitucionalidade de forma incidental ao afastar a aplicação do dispositivo para a união estável foi o de que o objetivo do legislador foi o de impedir relações baseadas em interesses patrimoniais e econômicos protegendo os herdeiros necessários⁴⁴.

Aqui podem ser observados três grandes absurdos: o primeiro é apagar toda a construção histórica acerca da importância do afeto para a formação das relações já pré-julgando relações começadas após os setenta anos. Em outras palavras, disse o juízo que só se pode encontrar o amor até os 69 anos, 11 meses e 29 dias, pois ao completar 70 anos não mais será possível ter relações genuinamente fundadas no afeto.

O segundo é retirar a autonomia patrimonial do idoso com o preconceito de que ele não mais seria capaz de discernir sobre seus próprios sentimentos podendo ser ludibriado ao se relacionar de forma interesseira. Não há qualquer fundamento jurídico ou médico que

⁴¹BARROSO, Luís Roberto. *Manifestação sobre repercussão geral do tema 1236*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=10065034>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula 377*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

⁴³ BARROSO, op. cit.

⁴⁴ BARROSO, op. cit.



afirme que a pessoa idosa de 70 anos para de pensar ou possui a faculdade mental diminuída única e exclusivamente em função da idade. Caso fosse aceito tal argumento, toda pessoa idosa a partir dos 70 anos deveria ser submetido à curatela, o que jamais poderia ocorrer por ser a restrição de liberdade medida excepcional e temporária⁴⁵.

O terceiro ponto e talvez mais sutil é o de se proteger a eventual herança dos herdeiros sendo claro que não há herança enquanto o dono do patrimônio não falece⁴⁶. Há de ser percebido que embora a Constituição Federal proteja o direito à herança, os bens continuam sob o domínio do titular podendo ele dispor – em regra - como bem quiser. A lei não poderá restringir ou excluir direitos fundamentais já garantidos sem que se haja a substituição por um direito mais abrangente, é o princípio da vedação ao retrocesso, também chamado de efeito *cliquet*.

A imposição de regime sem embasamento além da visão deturpada do legislador ao não reconhecer o afeto após os setenta anos é claro retrocesso do direito fundamental à liberdade patrimonial que constitui parte da dignidade da pessoa humana. Permitir a manutenção de tal imposição seria violar diretamente fundamento do Estado Democrático de Direito.

Ademais, é imperioso reafirmar que ao determinar o regime de bens da pessoa idosa com 70 anos o Estado está intervindo diretamente na vida privada do indivíduo transformando em matéria de ordem pública assunto tão íntimo cujas consequências somente afetam o casal. Retira o legislador a autonomia da vontade no tocante ao matrimônio de um indivíduo que não possui qualquer restrição aos atos da vida civil.

Se fosse válida a preocupação do legislador em proteger os eventuais herdeiros, com mais razão deveria proibir a adoção uma vez que o vínculo criado com o descendente afasta qualquer outro herdeiro com a única exceção do cônjuge. Em um exemplo, o idoso septuagenário que não possui filhos poderia adotar um filho e deixar todo o seu patrimônio para ele, mas caso esse mesmo idoso resolvesse casar-se seu patrimônio seria destinado até mesmo ao Estado caso não houvesse herdeiro.

No mesmo sentido, poderia a pessoa idosa reconhecer a paternidade socioafetiva do filho de seu companheiro, mas não poderia escolher dividir seu patrimônio com aquela pessoa que o acompanhou, apoiou, respeitou e amou durante a união. Ser conivente com a continuidade da interpretação patriarcal e engessada ao julgar o dispositivo constitucional é

⁴⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 969-970.

⁴⁶ BRASIL, op. cit. nota 3. O artigo 426 determina não ser possível contrato cujo objeto é herança de pessoa viva.

menosprezar o afeto como base de qualquer relação além de presumir a má-fé daquele que se une a alguém com setenta anos.

Aceitar a constitucionalidade da norma seria não valorizar o idoso que tanto se afirma querer proteger, seria contraditório ao cometer clara discriminação em razão da idade, seria sancionar alguém cuja única culpa foi encontrar o amor aos setenta anos. Em outras palavras seria o legislador dizendo não ao direito à felicidade que a liberdade de dispor traz àquele idoso que já tanto contribuiu para a sociedade.

O art. 1641, II do Código Civil⁴⁷ que foi inserido após a vigência da Constituição e por não estar de acordo com o direito à liberdade, a própria dignidade da pessoa humana e seu direito à felicidade, deve ser declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

CONCLUSÃO

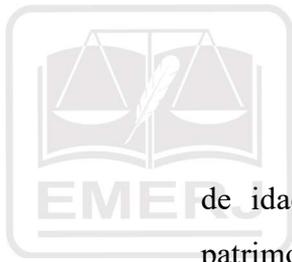
O presente trabalho apresentou a evolução no comportamento da sociedade no que tange às relações familiares bem como no avanço das normas de acordo com o período vivido. Buscou-se estudar o regime da separação obrigatória de bens para o septuagenário na sua concepção sob o aspecto da necessidade de produção da norma por parte do legislador.

A relevância da pesquisa é demonstrada pelo simples fato de conter direitos protegidos constitucionalmente tendo com a equiparação de direitos e deveres no casamento e na união estável, na interpretação extensiva de norma restritiva e na defesa da busca do afeto em qualquer idade sem que isso seja considerado suspeito ao ponto de necessitar de tutela estatal.

Da exposição normativa do dispositivo questionado retirou-se a importância de trazer o fundamento da Constituição como norma basilar do Estado e assim realizar uma interpretação conforme. A imposição do regime obrigatório da separação de bens não possui qualquer amparo legal ou social uma vez que derivou do preconceito do legislador ao pressupor que o idoso de setenta anos não mais poderia encontrar alguém para partilhar a vida sem que houvesse interesse econômico ou patrimonial.

O propósito único do legislador sob o argumento da proteção do idoso vulnerável foi intervir de forma preconceituosa na relação íntima do indivíduo sendo comprovado por meio da comparação com os institutos da adoção e da paternidade socioafetiva que não dispõem

⁴⁷ BRASIL, op.cit., nota 3.



de idade limite, podendo a pessoa idosa discernir de escolhas que terão impactos patrimoniais.

O instituto da curatela somente deve ser utilizado de forma excepcional e com toda fiscalização do Poder Judiciário não podendo ser imposta objetivamente ao idoso por mero atingimento da idade já que o define diversas vezes como plenamente capaz reafirmando a dignidade da pessoa humana, a vedação à discriminação pela idade, sua plena liberdade e mais do que isso o direito à felicidade.

Cada vez mais a liberdade de afeto, de amar é colocada em pauta e cabe ao intérprete da norma praticar a leitura dos dispositivos à luz do principal objetivo que é a concretização dos direitos fundamentais. A pessoa idosa possui sua capacidade plena assim como qualquer outro indivíduo não sendo plausível cercear sua liberdade de escolha com fundamento de pressuposição de interesse patrimonial ou até mesmo na proteção dos possíveis herdeiros.

Conclui-se, portanto, imperiosa a necessidade do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal com a consequente declaração da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens no que tange ao septuagenário seja qual for sua forma de união concedendo-lhe o livre direito de amar e de dispor.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Manifestação sobre repercussão geral do tema 1236*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=10065034>>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Mulher Casada*, 1962. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2023.

_____. *Estatuto da Pessoa Idosa*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. *Lei nº 6515, de 26 de dezembro de 1977*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Enunciado de Súmula 377*. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 1309642*. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 477.554-AgR*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPodivm, 2022.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2019. [ebook].

NOTA, David Adriano. Efeitos do casamento e da união estável. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, nº 32, 98-117, nov. 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VELOSO, Zeno. *Casal quer afastar a Súmula 377*. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zenoveloso#:~:text=Queriam%20que%20%20regime%20de,assim%20sendo%2C%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens>>. Acesso em: 30 jan. 2023.