



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS
AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Fernanda Esteves Freire Peixoto Bandeira

Rio de Janeiro
2019

FERNANDA ESTEVES FREIRE PEIXOTO BANDEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS
AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Professores
Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DE REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS

Fernanda Esteves Freire Peixoto Bandeira

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o regime de bens no casamento apresenta distinções, limitações e regras específicas e complexas com relação aos sujeitos envolvidos. Com o passar do tempo, a expectativa e qualidade de vida do idoso aumentaram, permitindo a consciência e capacidade destes por cada vez mais tempo. Contudo, as limitações legais quando se trata do regime de bens adotado pelo nubentes da terceira idade não acompanhou a evolução social desse grupo, violando os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A essência do trabalho é abordar essa evolução social, passando pelos marcos legais do regime de bens no casamento envolvendo idosos ao longo do tempo e então analisar a (in)constitucionalidade da atual previsão legislativa à luz dos princípios mencionados.

Palavras-chave – Direito Civil e constitucional. Regime de bens. Princípio da Dignidade Humana. Princípio da liberdade e igualdade. Autonomia da vontade. Patrimonialismo. Idade.

Sumário – Introdução. 1. Separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos no ordenamento jurídico pátrio: uma reflexão sobre o fundamento da limitação à autonomia da vontade e suas motivações patrimoniais. 2. Análise aplicada aos CC/16 e CC/02 3. Inconstitucionalidade da vedação à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos com base nos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a inconstitucionalidade da vedação à escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos. Busca-se demonstrar que a proibição privilegia aspectos patrimoniais, em detrimento da autonomia da vontade, e os impactos disso na liberdade individual.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se a vedação à escolha de regime de bens aos maiores de setenta anos mais protege o indivíduo ou limita-o.

A Constituição Federal consagra a igualdade como direito fundamental a todos. Contudo, quando se pesa o aspecto patrimonial que rege a separação de bens referente aos maiores de setenta anos, esse princípio é colocado em segundo plano.

Tendo em vista que a justificativa para a suposta proteção do patrimônio do idoso por meio da separação obrigatória de bens pauta-se numa presunção de discernimento reduzida, surgem as seguintes reflexões: essa premissa deve ser considerada verdadeira? E o que seria mais igualitário: a presunção absoluta ou a relativa, a ser comprovada caso a caso?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que o idoso goza de proteção pelo ordenamento jurídico. Assim, este artigo visa a apresentar uma análise dos princípios que devem preponderar quando se discute o regime de bens aplicável à terceira idade, diante das expectativas de longevidade no cenário brasileiro atual e capacidade de discernimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho ponderando os possíveis fundamentos da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos: autonomia da vontade x patrimonialismo, com o fim de apresentar o assunto e os argumentos utilizados para justificar a imposição desse regime de bens.

Segue-se, no segundo capítulo, fazendo uma aplicação concreta das mencionadas motivações aos Códigos Civis de 1916 e 2002, num contexto de evolução do direito e da sociedade, visando-se a esmiuçar o conteúdo legal acerca do regime de bens no casamento, e em especial as restrições em sua adoção pela terceira idade.

O terceiro capítulo, por fim, destina-se a analisar a (in)constitucionalidade da norma que proíbe aos maiores de setenta anos a escolha livre do regime de bens no casamento. Procura-se explicitar os conflitos entre a norma presente no CC/02, posterior à Constituição Federal, e os princípios da liberdade individual e dignidade humana, consagrados pela Magna Carta como pilares fundamentais invioláveis, buscando-se, assim, demonstrar a incoerência entre a imposição restritiva positivada no Código Civil de 2002 e os princípios constitucionais norteadores da condição humana.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: UMA REFLEXÃO SOBRE O FUNDAMENTO DA LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE E SUAS MOTIVAÇÕES PATRIMONIAIS

O ordenamento brasileiro, por meio do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002¹, estipula a vedação à escolha de regime de bens aos maiores de setenta anos quando estabelece a separação legal de bens como o regime obrigatório a ser adotado por esse grupo de indivíduos ao resolverem contrair matrimônio em idade avançada.

No regime da separação legal de bens, segundo Washington de Barros², “cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento”. Ou seja, um cônjuge não tem acesso nem direitos sobre os bens do outro, nem mesmo para fins sucessórios.

Nesse sentido, observa-se que a limitação à escolha do regime de bens para os maiores de setenta anos baseia-se em um critério meramente etário, uma vez que ao completar determinada idade o cidadão deixa, automaticamente, de gozar de autonomia da vontade para optar por regime de bens diverso da separação legal quando da realização do matrimônio nessa fase da vida.

A justificativa para a adoção deste critério ultrapassado, em nossa opinião, consiste em suposta proteção do idoso de investidas de quem tenha a intenção de aplicar-lhe o “golpe do baú”³. Partindo-se dessa premissa, cria-se a regra com base numa minoria afortunada dentro de um grupo já seletivo, em detrimento da maioria dos idosos, que, no atual contexto social, goza de lucidez e capacidade para tomar decisões mesmo a partir dos setenta anos.

Washington de Barros⁴, por sua vez, discorda dessa posição, afirmando que:

[...] conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens

¹BRASIL. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 289.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 327.

⁴ MONTEIRO; SILVA, op. cit., p. 295.

financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto.

Equivocado parecer ser seu entendimento, pois, mais uma vez, apoia-se em uma presunção relativa de que todos os idosos com idade a partir de setenta anos contraem matrimônio com pessoa muito mais jovem e/ou que possui interesses unicamente financeiros na celebração do casamento. Novamente, a justificativa apresentada para o engessamento da autonomia da vontade de idoso está calcada em casos minoritários, que deveriam ser analisados concretamente como a exceção e não a regra.

Isso porque, na atual conjuntura social do país, a expectativa de vida supera, e muito, os setenta anos. Segundo dados do IBGE⁵, de 2015 a 2016 a expectativa de vida do brasileiro alcançou o patamar de 75,8 anos, atingindo níveis ainda mais altos em determinados Estados, como Santa Catarina, onde a esperança de vida chega até os 79,1 anos.

A partir desses dados, nota-se que a realidade corresponde ao aumento da longevidade dos brasileiros e da qualidade de vida dos idosos, permitindo que estes continuem a gozar de suas faculdades mentais e civis para muito além de meros setenta anos. Logo, o artigo 1.641, do Código Civil deixa de atender a sua função social, delimitada em 2002, isto é, há 16 anos atrás, quando a expectativa de vida era de somente 71 anos⁶.

Além disso, a decisão pelo regime de bens no casamento é pautada pelo princípio da liberdade de escolha, traduzida pela autonomia da vontade, tendo em vista que os efeitos econômicos decorrentes da entidade familiar relacionam-se com os direitos disponíveis das partes envolvidas. A imposição da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos que contraírem matrimônio com essa idade funciona justamente como um fator supressivo da mencionada autonomia, uma vez que extingue a liberdade de escolha do regime patrimonial no casamento.

Nesse sentido é a posição defendida pelos doutrinadores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald⁷:

[...] nos casos de separação obrigatória de bens, a vontade das partes é irrelevante e totalmente desconsiderada. Assim sendo, ainda que se tenha manifestado vontade através de pacto antenupcial, celebrado por instrumento público e registrado no

⁵ MARLI, Mônica. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁶ G1. *Brasileiro nasce com expectativa de vida de 74,6 anos, aponta IBGE*. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/brasileiro-nasce-com-expectativa-de-vida-de-746-anos-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 308.

Cartório de Imóveis, não decorrerá qualquer efeito jurídico, uma vez que a proibição legal é de ordem pública e prevalece sobre a manifestação volitiva dos interessados.

Isso significa que, ainda que os nubentes venham a expressar sua vontade, essa não será admitida, prevalecendo a regra legal que, conforme já explicitado, baseia-se numa realidade minoritária e que não se adequa mais ao atual contexto social da população da terceira idade brasileira. É evidente, nesse cenário, a preponderância de uma cultura patrimonialista, que preocupa-se mais com o patrimônio do indivíduo que com a pessoa detentora de direitos em si.

Diante de tal afronta à liberdade individual, Sílvio Rodrigues⁸ manifesta opinião com a qual se concorda:

tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado sobre a pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém (...) inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária (agora, septuagenários, após a Lei 12.344/10) ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

A regra patrimonialista, ora analisada, demonstra-se tão ultrapassada e descabida que basta pensar na situação oposta para deslegitimá-la. Isso quer dizer que, ao considerar possível um casamento entre pessoa maior de setenta anos e outra mais jovem e/ou motivada meramente por interesses financeiros, nada impede que o mesmo interesse venha a existir entre duas pessoas de quaisquer outras idades.

Assim, observa-se que não há qualquer justificativa moral ou social que legitime uma suposta maior proteção ou segurança ao idoso que decide se casar, já com idade avançada, em relação a qualquer pessoa mais jovem, rica ou pobre, que também pretenda contrair matrimônio em outra etapa da vida.

Ademais, conforme brilhantemente elucidado pela civilista Silmara Juny Chinelato⁹, não há motivação científica para a vedação imposta pelo artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, uma vez que as pessoas maiores de setenta anos possuem maturidade elevada nos âmbitos pessoal, familiar e profissional da vida, de modo a terem capacidade de manifestar vontade por si mesmas. Rotular todos os idosos que possuem setenta anos ou mais idade como incapazes de exprimir seus desejos e exercer a autonomia da vontade consiste em discriminação dessa parcela populacional.

⁸ RODRIGUES apud FARIAS;ROSENVALD, op. cit, p. 310 e 311.

⁹ CHINELATO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 475 e 476.

Diante do exposto, constata-se que o artigo 1.641, II do Código Civil de 2002¹⁰ presume certa incapacidade mental da terceira idade a partir dos setenta anos. Estipula-se que daí em diante esses indivíduos deixam de dispor de autonomia para decidir o regime patrimonial que pretendem adotar no casamento e necessitam de uma proteção especial, a qual o mencionado artigo também não é capaz de conferir, já que tem como fundamento uma realidade minoritária e ultrapassada, além de não considerar cada caso concretamente.

2. ANÁLISE APLICADA AO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO CIVIL DE 2002

A restrição à escolha de regime de bens no casamento contraído por sujeitos maiores de setenta anos nem sempre existiu da maneira como conhecemos. Apesar de ainda se mostrar retrógrada, a referida imposição sofreu evoluções ao longo do tempo, partindo inicialmente das previsões do Código Civil de 1916, passando pelo Código Civil de 2002, para finalmente chegar à publicação da Lei nº 12.344/2010, que alterou o Código Civil de 2002, conferindo ao art. 1.641, II, a sua atual redação. Com base nisso, analisaremos cronologicamente os diferentes marcos.

Durante o período de vigência do Código Civil de 1916¹¹, a restrição ao casamento para pessoas pertencentes à terceira idade pautava-se na seguinte previsão:

Art. 258 CC/16. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

(...)

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

Observa-se que o disposto normativo era ainda mais limitador ao estabelecer a idade para a separação obrigatória de bens no matrimônio aos homens maiores de sessenta anos e mulheres maiores de cinquenta anos. Como se pode notar, o inciso também confere tratamento diferenciado entre o homem e a mulher, ferindo a autonomia da vontade e a isonomia não apenas no aspecto etário, mas também quanto ao gênero.

Ao confeccionar a norma em análise, o legislador presumiu que chegada a fase da vida após os sessenta anos, para os homens, e os cinquenta anos, para as mulheres, o

¹⁰ BRASIL. *Código Civil de 2002*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

¹¹ Id. *Código Civil de 1916*, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/LEIS/L3071.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

patrimônio dos nubentes já estaria estabilizado, de modo a afastar o conteúdo patrimonial do casamento, conforme elucida o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa¹². Verifica-se novamente a preocupação social em relação à união de pessoa mais jovem com sujeito idoso, considerando como certa a possibilidade de interesse material e atribuindo tal viabilidade exclusivamente ao fator idade.

Em consonância com o que é defendido por meio deste artigo, à época da vigência do Código Civil de 1916, o mencionado jurista Sílvio de Salvo Venosa, bem como Sílvio Rodrigues já reconheciam a evidente violação à liberdade e autonomia individuais, unicamente em virtude da faixa etária, que a norma em comento trazia ao limitar a escolha de regime de bens no matrimônio contraído por sujeitos considerados idosos. É o que sustenta o segundo autor¹³:

Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver.

Nesse contexto, argumenta-se que a autonomia da vontade deve prevalecer em detrimento da proteção patrimonialista, a uma, porque a limitação imposta aos sujeitos sexagenários e quinquenários aplicava-se tanto quando estes resolviam casar-se com pessoas mais jovens quanto com pessoas de sua idade. A duas, porque ainda que o sujeito idoso opte pelo casamento com nubente jovem, a existência de interesse meramente material nesta relação não configura preceito certo e sim simples possibilidade. A três, porque, mesmo que tal hipótese se concretizasse não haveria nenhum inconveniente para a sociedade caso o idoso rico estivesse satisfeito com o matrimônio, ainda que por interesse material, e assim decidisse permanecer.

Com o advento do Novo Código Civil de 2002, cuja vigência teve início em 11 de janeiro de 2003, o anterior Código Civil de 1916 foi revogado e, conseqüentemente, a previsão legal do artigo 258, II, caiu por terra. Entretanto, embora tivesse ultrapassado a visão anteriormente fixada, o Novo Código Civil manteve a limitação do casamento entre nubentes mais velhos vinculada ao regime de separação obrigatória de bens.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 175.

¹³ RODRIGUES apud VENOSA, op. cit. p. 175.

Conforme o art. 1.641, II, do CC/02¹⁴, a idade continuou sendo um critério taxativo: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de sessenta anos”.

Nota-se que, dessa vez, o Código Civil igualou as figuras masculina e feminina, estabelecendo um marco etário comum para ambos. Todavia, sustentou a violação ao poder de autodeterminação do idoso, confirmando pela segunda vez uma “proteção” patrimonialista que sempre tendeu a prevalecer em prejuízo da liberdade de escolha e dignidade da pessoa humana.

Reafirmando o entendimento ora defendido, os autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald¹⁵ opinam no sentido que a norma restritiva do regime de bens é “um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que pouco se acostumou a valorizar a pessoa e não o seu patrimônio. O ser e não o ter!”.

Também seguindo esta corrente, que embora muito bem amparada pela doutrina se contraponha ao texto legal vigente à época, Sílvio Rodrigues¹⁶ afirma que tal restrição, a seu ver, é atentatória da liberdade individual. Isso porque, a tutela excessiva do Estado, sobre a pessoa maior e capaz demonstra-se descabida e injustificável.

Pois bem, o Estado não possui o condão de interferir na vida privada do sujeito a fim de alterar e limitar a sua autonomia da vontade quando esta não coloca a sua pessoa em risco e nem mesmo a sociedade de modo geral.

Ademais, se a preocupação reside em proteger o idoso de golpes materiais motivados pelo casamento com sujeitos de idade avançada, o legislador deveria ter proibido a contração do matrimônio como um todo e não apenas limitado a escolha do regime de bens. Contudo, a proibição completa do casamento não seria possível, uma vez que versa sobre o estado civil, que é direito da personalidade.

À vista disso, o legislador utilizou-se de alternativa inconveniente e sem razoabilidade, qual seja a restrição da esfera privada e seus direitos disponíveis por meio da limitação ao regime de bens¹⁷.

Anos após do advento do Código Civil de 2002, em 2010, foi editada a Lei nº 12.344, que aumentou o parâmetro etário para a restrição do regime de bens em matrimônios de

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 245.

¹⁶ RODRIGUES apud FARIAS, ROSENVALD. op. cit. nota 15, p. 245.

¹⁷ FARIAS, ROSENVALD, op. cit. nota 15, p. 246.

idosos, por meio da alteração do art. 1.641, II¹⁸, do diploma legal e. Veja-se: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)”.

A partir de então, passou a vigorar a regra de obrigatoriedade da separação de bens no casamento para os maiores de setenta anos e não mais sessenta. Contudo, o acréscimo de dez anos ao marco inicial da terceira idade para os fins do artigo apenas acompanhou o crescimento da expectativa de vida do homem médio brasileiro, que também sofreu aumento no período de 2003 a 2010.

Ocorre que, o cerne da problemática não corresponde à idade considerada ideal para que o idoso tenha a senilidade presumida e, em virtude disso, se torne incapaz de contrair matrimônio em regime diverso do da separação obrigatória de bens. O ponto central da questão ora analisada remete, em verdade, ao estabelecimento de uma regra geral para tratar de situação que envolve direitos individuais, os quais se desdobram de maneiras diversas e de acordo com o sujeito que os detém.

Partindo da premissa de que a dignidade humana, liberdade individual e autonomia da vontade são valores e direitos com expressões distintas para cada um de seus detentores, não se pode fixar uma norma que os engesse de modo universal. Pelo contrário, aqueles devem ser examinados singularmente conforme as peculiaridades da situação concreta que os ameacem.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À ESCOLHA DO REGIME DE BENS AOS MAIORES DE SETENTA ANOS COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA

A Constituição da República de 1988 inseriu expressamente em seu artigo 1º, inciso III¹⁹, o princípio da dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito, transformando-o em um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro. A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, fortalece a proteção da liberdade do indivíduo e garante a sua autonomia da vontade por meio da igualdade.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Em observância a esses valores, o Poder Constituinte também positivou os princípios da igualdade e liberdade no artigo 5º, caput, da Carta Magna²⁰, estabelecendo que:

Art. 5º CRFB/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Nesse contexto, a autora Maria Berenice Dias²¹ aponta que a Constituição Federal de 1988 é classificada como uma das mais avançadas do mundo, na medida em que “impõe como valor maior o respeito à dignidade humana baseada nos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade. Considera a família a base da sociedade e veda qualquer espécie de discriminação”.

Assim sendo, a partir da consagração dos valores mencionados pela Constituição da República de 1988, a visão patrimonialista consolidada pelo Direito Civil é inteiramente abandonada, dando lugar à prevalência da pessoa humana e seus aspectos individuais.

Segundo o professor e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso²², a dignidade humana como vertente dos direitos humanos apresenta três espectros: o valor intrínseco, a autonomia da vontade e o valor social da pessoa humana. Primeiro, como atributo comum, “a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada, não é perdida mesmo diante de conduta indigna de seu titular”²³.

Já no aspecto da autonomia, a dignidade envolve a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir sobre a própria vida e, nesse âmbito “decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade”²⁴. Por fim, a dignidade em seu elemento comunitário tem por objetivo conectar o indivíduo ao grupo e aos valores compartilhados pela comunidade social.

Com base nessa classificação tripartite, é possível notar que o direito fundamental da dignidade humana, da igualdade e liberdade do indivíduo estão intrinsecamente conectados. Além disso, os três direitos fundamentais também se fazem presentes na medida em que os

²⁰ Ibid.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Novos rumos do direito das famílias*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²³ Ibid., p. 22-23.

²⁴ Ibid.

nubentes dispõem de autonomia para a escolha do regime de bens no casamento, Logo, partindo dessa premissa, a aplicação de regra diversa ao idoso maior de 70 anos que contrai matrimônio demonstra clara discriminação e violação aos seus direitos fundamentais.

Importante esclarecer que a discriminação do idoso é amplamente vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo caput do artigo 230, da própria Constituição Federal de 1988²⁵: “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”. Essa vedação também foi materializada pelo Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741²⁶, com previsão expressa em seu artigo 4º no sentido de que: “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”

Pode-se dizer, assim, que a legislação brasileira concede farta proteção à terceira idade. Todavia, ainda existem regras, como o artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, ora em análise, que insiste em limitar a autonomia e liberdade do idoso.

Em consonância com esse entendimento, há o Enunciado nº 125²⁷, editado pelo Conselho de Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, propondo a revogação do dispositivo em análise sob os seguintes argumentos:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém 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.

Seguindo esse entendimento, é importante destacar também que a mencionada incapacidade absoluta presumida dos idosos maiores de 70 anos, com fulcro no critério etário, sequer possui respaldo legal. Isto porque, os art. 3º e 4º, do Código Civil de 2002²⁸ não arrolam a senilidade como causa de incapacidade, seja absoluta, seja relativa, do sujeito de direitos. Veja-se:

²⁵ BRASIL. op.cit., nota 19.

²⁶ Id. *Estatuto do Idoso*, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁷ BRASIL. *Enunciado nº 125*, Conselho de Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/Temp State/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/Temp State/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Com base nessa informação, demonstra-se inequívoca a incoerência entre o argumento de que o idoso, por sua condição, é incapaz para a prática de alguns atos da vida civil como a escolha do regime de bens no casamento quando, em verdade, o próprio Código Civil de 2002 não a taxa como alvo de qualquer incapacidade. Logo, a presunção apresentada é integralmente ilegítima.

À vista de todo o exposto, evidente é a discriminação do idoso pela regra positivada no art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, bem como a violação à sua dignidade, autonomia da vontade e liberdade de escolha, além do princípio da igualdade de tratamento entre todos os indivíduos. A restrição à escolha do regime de bens no casamento civil envolvendo o maior de 70 anos, com respaldo estritamente em critérios etários, e de incapacidade presumida mostra-se, há tempos, obsoleta.

Consequentemente, a reprodução de uma regra isolada de limitação do idoso baseada em critérios patrimonialistas, estes já superados pela primazia do direito fundamental da dignidade humana e pelo foco no indivíduo como ser dotado de igualdade, liberdade e autonomia da vontade, representa um enorme retrocesso imposto ao idoso no atual cenário social.

Posto isso, o art. 1.641, II do Código Civil de 2002 deveria ser declarado inconstitucional, contendo violação frontal aos direitos fundamentais da dignidade humana, igualdade e liberdade, expressos e resguardados pela própria Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, atualmente vigente, no que tange à vedação à escolha de bens aos maiores de setenta anos, com base nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. A incompatibilidade materializa-se pela regulação da autonomia individual do idoso a partir de uma perspectiva patrimonialista, há muito

abandonada pela Constituição Federal de 1988, que consagra a primazia do indivíduo nas relações privadas.

Por um lado, a Lei estabelece uma espécie de incapacidade presumida ao sujeito maior de setenta anos com fulcro no critério etário, considerando-o inabilitado para escolher o regime de bens que gostaria de adotar quando da contração do matrimônio. Por outro lado, a expectativa e qualidade de vida da terceira idade demonstra crescimento contínuo, desde o início da vigência do Código Civil, em 2003, até os dias de hoje.

Nesse contexto, por meio das reflexões apresentadas e com base no entendimento da doutrina pátria, foi possível chegar à conclusão de que a adoção de um aspecto patrimonialista para a fixação do regime de bens do matrimônio contraído por maiores de setenta anos está obsoleta. Imprescindível, portanto, o reconhecimento da primazia da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana nesta escolha, em abandono ao patrimonialismo, de modo que passe a figurar no centro da decisão o sujeito em si e não os bens que lhe pertencem.

O entendimento a que chegou este pesquisador consiste na ideia de que a preocupação em proteger o idoso de uma relação afetiva com pessoa motivada exclusivamente por interesses materiais não pode ser suficiente para presumir a sua incapacidade de discernimento e insatisfação com tal situação, culminando em restrição patrimonial. Isso porque, conforme exposto neste trabalho, a mesma cena poderia ser vista em relações matrimoniais envolvendo duas pessoas jovens, contudo, estas não sofreriam qualquer limitação à escolha de regime de bens, cuja imposição restringe-se tão somente aos maiores de setenta anos.

Quanto à questão que se tratou no segundo capítulo, foi possível averiguar que as mudanças legislativas ocorridas desde o advento do Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, em sua redação atual, foram evolutivas, porém não suficientes para desmistificar a visão patrimonialista discriminatória que rege o regime de bens no casamento envolvendo idosos.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para a solução dessa questão, sustentou-se na premissa de que quando se trata dos bens de cada indivíduo, o que deve prevalecer é a autonomia da vontade, liberdade e tratamento igual entre todos. Eventual restrição dos direitos patrimoniais individuais deveria ocorrer tão somente em análises concretas de casos específicos e não como regra geral, aplicável a todos e sem distinção.

O texto constitucional, editado em 1988, parte desse princípio, colocando em evidência a pessoa humana em todos os seus aspectos e garantido a sua proteção em primeiro

lugar, de maneira que a adoção de uma vertente diversa (diga-se patrimonialista) pelo direito civil viola a Carta Magna.

Esta pesquisa pretendeu sustentar, portanto, que a atual redação do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 encontra-se obsoleta e está inapta a garantir a proteção individual a qual o idoso faz jus, já que impõe limitação universal ao regime de bens a partir de critério único e exclusivamente etário e, ao mesmo tempo, desconsidera os direitos à liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana da terceira idade.

Ante às razões expostas, o artigo demonstrou que a proposta do autor consiste na tese de que não há outra alternativa senão a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, por violação direta aos princípios fundamentais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, consagrados pela Constituição Federal de 1988 como pilares do ordenamento jurídico pátrio. Somente então será possível a elaboração de norma que proteja efetivamente o idoso a partir da consideração do atual contexto de vida e desenvolvimento social em que está inserido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Código Civil de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 out. 2018.

_____. *Enunciado nº 125*, Conselho de Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <[file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AutoLogon.ACAD/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Estatuto do Idoso*, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Novos rumos do direito das famílias*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_novos_rumos_do_direito_das_fam%EDlias.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____, *Curso de Direito Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

G1. *Brasileiro nasce com expectativa de vida de 74,6 anos, aponta IBGE* Disponível. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/12/brasileiro-nasce-com-expectativa-de-vida-de-746-anos-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze;PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARLI, Mônica. *Expectativa de vida do brasileiro sobe para 75,8 anos*. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros;DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.