



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS

Rafaela Heidenreich Bucci

Rio de Janeiro
2020

Rafaela Heidenreich Bucci

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE BENS DOS MAIORES DE 70 ANOS

Rafaela Heidenreich Bucci

Graduada pela Faculdade Integradas Vianna Júnior. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - em regra, quando os nubentes contraem matrimônio eles possuem a liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar durante o casamento. Excepcionalmente, tal regra é mitigada e será imposta o regime total de bens aos indivíduos maiores de 70 anos. Acontece que tal norma está ultrapassada, haja vista que ela possui um cunho patrimonialista, o que não se coaduna mais com as regras do direito de família. Sendo assim, a essência do trabalho é mostrar que a norma impositiva do regime total de bens aos maiores de 70 anos deve ser declarada inconstitucional, tendo em vista que ela viola diversos princípios e direitos fundamentais dos indivíduos senis.

Palavras-chave – Direito de Família. Regime de Bens. Maiores de 70 anos.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto a aplicação do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos. 2. Da capacidade civil do maior de 70 anos e o Estatuto do Idoso. 3. Violação dos princípios diante da imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre a inconstitucionalidade do regime de bens para os maiores de 70 anos. Procura-se demonstrar que a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos viola preceitos constitucionais, como a autonomia da vontade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir se seria possível a inconstitucionalidade do artigo 1647, II do Código Civil, tendo em vista que tal norma viola diversos princípios constitucionais.

O regime de bens é o fenômeno inerente as relações matrimoniais. A regra é que ambos os nubentes tenham a autonomia para escolher o regime de bens que irá vigorar durante o casamento. Excepcionalmente, tal regra é mitigada pelo ordenamento jurídico, como exemplo, a imposição do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos. Diante disso, surge as seguintes reflexões: é possível a norma civilista impor tal regime de bens aos maiores de 70 anos?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicada a intervenção do Poder Judiciário nas relações matrimoniais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os princípios constitucionais que são violados diante da imposição do regime obrigatório de bens. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de um anteprojeto de lei para que a norma seja declarada inconstitucional, principalmente, pelo fato de compelir um patrimonialismo exagerado ao invés de preservar a autonomia da vontade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão das controvérsias quanto a aplicação do regime da separação total de bens aos maiores de 70 anos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre a capacidade civil do maior de 70 anos no Estatuto do Idoso, com o objetivo de aferir se é realmente necessária uma norma civilista que imponha um regime total de bens ou se o Estatuto já é suficiente para proteger os direitos fundamentais do idoso.

O terceiro capítulo pesquisa sobre as violações dos princípios diante da imposição do regime da separação obrigatória de bens em razão da idade dos nubentes. Procura-se explicitar uma ineficácia preventiva da norma civilista ao impor tal regime com a justificativa de que estaria tentando proteger o patrimônio do idoso. Para tanto, é necessário refletir sobre a inconstitucionalidade do regime de bens aos maiores de 70 anos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora 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 a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO A APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS

O regime de bens é o fenômeno inerente as relações matrimoniais. A regra é que ambos os nubentes tenham a autonomia para escolher o regime de bens que irá vigorar na constância do casamento conforme o artigo 1639 do Código Civil. Excepcionalmente, tal regra é mitigada

pelo ordenamento jurídico, sendo um exemplo: a imposição do regime obrigatório de bens aos maiores de 70 anos nos termos do artigo 1641, II do CC¹.

Em regra, quando os nubentes não estipulam o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial aplica-se o regime da comunhão parcial de bens conforme o artigo 1640 do CC. Por outro lado, será imposto o regime obrigatório de bens caso os nubentes contraem casamento em alguma das condições previstas no artigo 1641, I ao III do CC².

A imposição do regime obrigatório de bens tem por objetivo evitar a possível confusão patrimonial. Sendo assim, tal regime é imposto com o objetivo de proteger os bens de tais indivíduos. Porém, o problema surge, porque os maiores de 70 anos não deveriam mais estar previstos no rol do artigo 1641 do CC, haja vista que não faz mais sentido em falar em imposição do regime obrigatório de bens aos indivíduos senis com a finalidade de evitar a confusão patrimonial.

No regime da separação de bens cada um dos nubentes possui o seu patrimônio particular, ou seja, não haverá comunicação com os bens do outro cônjuge, antes ou depois da constância do vínculo matrimonial. Excepcionalmente, em tal regime é possível ocorrer a comunicação de tais bens durante o matrimônio, desde que haja esforço comum de ambos os cônjuges nos termos da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal³.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência discutem se o artigo 1641, II do CC é inconstitucional ou não. Aos que defendem a inconstitucionalidade da norma alegam que a imposição de tal regime, em razão da idade dos nubentes, traz como consequência a violação dos princípios da liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos está legitimada em um patrimonialismo exagerado, o que não se coaduna mais com o Direito Civil Contemporâneo. Quem defende a constitucionalidade de tal imposição alega que o dispositivo tem por objetivo proteger o idoso.

Porém, na verdade, focalizando especificamente a obra de Flávio Tartuce⁴, a norma não visa proteger o idoso, mas sim os interesses patrimoniais dos seus herdeiros, diante de um possível golpe do baú, em geral praticado por pessoas mais jovens com más intenções.

¹ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 set. 2019.

² Ibid.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 3 set. 2019.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 15. ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019, p. 149.

Segundo o doutrinador Paulo Lobô⁵, quando a norma do artigo 1641, II do CC foi inserida no ordenamento jurídico, a ideia que se quis trazer foi a proteção do futuro patrimônio dos herdeiros. Logo, percebe-se que a norma é preconceituosa e acaba criando um pacto corvina. Sendo este um acordo que tem por objeto a herança de pessoa viva, instituto este vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro nos termos do artigo 426 do CC⁶.

É importante ressaltar que o artigo 1641, II do CC teve a sua redação alterada em 2010 pela Lei nº 12.344. A sua redação original expunha que seria imposta o regime total de bens aos noivos que contasse com mais de sessenta anos ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade. Tal mudança teria sido motivada pelo aumento da expectativa de vida dos brasileiros.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que seria possível alterar o regime de bens aos maiores de sessenta anos, desde que haja um fundamento e uma autorização judicial, como exemplo, a hipótese do casamento precedido de união estável iniciada antes dessa idade. Sendo que tal ideia também está prevista no Enunciado 262 do Conselho de Justiça Federal⁷

Mesmo assim, percebe-se que a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, pois apesar de ter sido entendido pela não aplicação da regra do artigo 1641, II do CC, tal discussão se deu diante de um caso específico. Qual seja, o maior de 60 anos teria contraído o matrimônio precedido de união estável iniciada antes dessa idade. Ressalta-se que esse julgado é de suma importância, pois ele expôs sobre as violações aos princípios constitucionais⁸:

Modificação do regime matrimonial de bens. Legitimidade e interesse para pleitear a respectiva alteração, que encontraria respaldo no art. 1.639, § 2.º, do CC. Matrimônio contraído quando os insurgentes possuíam mais de 60 (sessenta) anos de idade. Separação obrigatória de bens. Pretendida modificação para o regime de comunhão universal. Interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal. Conclusão de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Legislação que, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória. Tratamento diferenciado em razão de idade. Nubentes plenamente capazes para dispor de seu patrimônio comum e particular, assim como para eleger o regime de bens que melhor atender aos interesses postos.

Por outro lado, outros julgados não adotam tal entendimento. Em um julgado foi decidido que para alterar o regime de bens aos nubentes que contam com mais de 60 anos seria

⁵ LOBÔ, Paulo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷ BRASIL. *Conselho de Justiça Federal nº 262*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em: 23 set. 2019.

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.057535-0*. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-21061813?ref=juris-tabs3>>. Acesso em: 23 set. 2019.

necessário que a norma fosse declarada inconstitucional, sob o argumento da cláusula da reserva de plenário prevista no artigo 97 da CRFB/88⁹.

Cite-se, como exemplo, o seguinte acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰:

É necessário que a Corte Superior se pronuncie sobre a não recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela CR/88, bem como sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, de forma que somente após este precedente o órgão fracionário possa declará-la, diante da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República.

Há doutrinadores que entendem pela inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC. Conforme os ensinamentos dos doutrinadores Pablo Gagliano e Rodolfo Filho¹¹:

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade.

Percebe-se que a imposição do regime total de bens em razão da idade dos nubentes é um problema individual, social, econômico e jurídico, no qual evidencia a necessidade de tutela do Judiciário. Além disso, tais indivíduos deveriam ter a plena liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial, sob pena de ofender o princípio da autonomia privada que rege o regime de bens, bem como os princípios constitucionais, quais sejam, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Quando os nubentes escolhem o regime de bens, tal vontade não pode estar viciada, sob pena de não valer o regime estipulado. Se a vontade dos maiores de 70 anos não estiver viciada não há que se falar em imposição do regime obrigatório de bens. Porém, não é isso que o Código Civil brasileiro expõe.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 set. 2019

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 6497335-28.2009.8.13.0702*. Rel. Des. Vieira de Brito. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=9823>> Acesso em: 23 set. 2019.

¹¹ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 331.

É importante observar que, atualmente, o código prima pela eticidade e socialidade. Conforme o princípio da socialidade, o CC regula normas que tem por objetivo preservar os interesses da sociedade, não prevalecendo mais as regras individualistas.

Além disso, pelo princípio da eticidade as relações jurídicas devem ser pautadas pela boa-fé objetiva e função social. Diante disso, por conta de tais princípios, percebe-se a inocuidade da norma prevista no artigo 1641, II do CC. Isso acontece, pois caso houvesse uma burla quanto a escolha do regime de bens, verifica-se que as próprias normas do código repudiam a atuação daquele que age com abuso de direito e má fé conforme os artigos 186, 421 e 422, ambos do CC¹².

Nesse sentido, não há necessidade de impor uma norma específica, sob a justificativa de que estaria protegendo o patrimônio do maior de 70 anos, pois percebe-se que o próprio código impõe normas repudiando aquele que age com má fé. Portanto, a regra é que haja a liberdade de escolha quanto a adoção do regime de bens e excepcionalmente, o Estado poderá intervir em tais situações.

Diante do aumento da expectativa de vida, observa-se que a população brasileira está cada vez mais envelhecendo. Constata-se que, a tendência é que a população jovem diminua e que aumente o número de idosos. Diante disso, a norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista, pois ela não se coaduna mais com o CC brasileiro e nem com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, conforme entendimento majoritário da doutrina, defendida por Flavio Tartuce¹³ e Paulo Lobô¹⁴, a norma do artigo 1641, II do CC é flagrantemente inconstitucional, tendo em vista que ela não se coaduna mais com o ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, percebe-se que a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, tendo em vista que foi decidido que não seria aplicado a imposição do regime de bens aos maiores de 60 anos, precedida de união estável iniciada antes dessa idade. De outro lado, há um julgado entendendo que seria necessário que a Corte Superior se manifestasse pela inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC, sob pena de violar a cláusula de reserva do plenário prevista no artigo 97 da CRFB/88¹⁵.

¹² BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. V. 6. 15 ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019, p. 149.

¹⁴ LOB.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 9.

2. DA CAPACIDADE CIVIL DO MAIOR DE 70 ANOS E O ESTATUTO DO IDOSO

Em nenhum momento o Estatuto do Idoso e o Código Civil consideram que o indivíduo que atinja a idade senil terá a perda da capacidade civil. Ressalta-se que todas pessoas possuem a capacidade de direito, sendo está a capacidade de adquirir direitos e deles gozar, demonstrando a semelhança entre ela e a personalidade jurídica. Ao passo que nem todos possuem a capacidade de fato, o que configura exceção, haja vista que as regras que restringem os direitos devem ser interpretadas de forma restritiva.

Nesse sentido, a capacidade de fato consiste na capacidade para exercer os direitos e praticar atos. Além disso, os artigos 3º e 4º, ambos do Código Civil enumeram respectivamente os absolutamente e relativamente incapazes¹⁶.

Segundo o doutrinador Paulo Lobô¹⁷, a norma do artigo 1641, II do CC indiretamente quer dizer que os maiores de setenta anos não possuem a capacidade civil para escolher o regime de bens.

A parte geral do CC e o Estatuto do Idoso consideram que o indivíduo senil tem a capacidade civil de fato e de direito. Porém, a norma do artigo 1641, II do CC criou uma espécie de incapacidade de fato ao maior de setenta anos, o que é flagrantemente inconstitucional, pois ela viola princípios e direitos fundamentais. Ademais, vários doutrinadores entendem que a imposição do regime de bens a tais indivíduos é uma norma preconceituosa.

Na verdade, quem entende que a norma do artigo 1641, II do CC é constitucional, alega que o ordenamento quis proteger a vulnerabilidade do indivíduo senil. Porém, percebe-se uma contradição em tal argumento, haja vista que o Estatuto do Idoso traz normas protetivas ao idoso.

Também é importante mencionar que a partir dos dezesseis anos os nubentes adquirem a capacidade para o casamento, mas entre os dezesseis e dezoitos anos incompletos é necessário a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais e quando for injusta a denegação tal autorização será feita por suprimento judicial. Sendo assim, percebe-se que os indivíduos maiores de 70 anos além de possuírem a capacidade de fato e de direito, possuem a capacidade para contraírem casamento.

Além disso, o ordenamento jurídico prima que, em regra, as partes possuem a autonomia de escolher o regime de bens que irá vigorar durante o matrimônio. Ressalta-se que o artigo

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷ LOB.

1639, parágrafo segundo do CC¹⁸ diz que é possível durante o casamento a alteração do regime de bens mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.

Sendo assim, percebe-se que o regime de bens preza pela mutabilidade, desde que observe o regramento do artigo 1639, parágrafo segundo do CC. Diante disso, o artigo 1641, II do CC além de criar uma espécie de incapacidade de fato dos indivíduos senis, acaba por violar a regra da mutabilidade do regime de bens previsto no artigo 1639, parágrafo segundo do CC, haja vista que os indivíduos que contraem matrimônio com 70 anos não poderiam mudar o regime de bens durante o casamento.

A imposição do regime de bens aos nubentes foi criada com o objetivo de evitar a confusão patrimonial entre os nubentes, sendo uma imposição legal. Porém, os indivíduos maiores de 70 anos que contraem matrimônio não deveriam estar previstos no rol de pessoas que devem casar com a imposição do regime obrigatório de bens.

A outra falha argumentativa é que a norma do artigo 1641, II do CC não protegeria os indivíduos que possui idade entre sessenta e setenta anos, tendo em vista que pelo Estatuto do Idoso é considerado idoso aquele que tem idade igual ou superior a sessenta anos. Conclui-se que o CC apenas “protegeria” os idosos com mais de setenta anos, esquecendo dos que contam com idade entre os sessenta aos setenta anos.

Logo, percebe-se que houve um tratamento desigual aos idosos que contam com idade entre sessenta aos setenta anos e aos maiores de setenta anos. O ideal é que o artigo 1641, II do CC seja declarado inconstitucional, pois além de dar um tratamento diferenciado ocorre a violação da autonomia da vontade.

O Estatuto do Idoso foi editado com o objetivo de proteger a vulnerabilidade dos idosos. Ressalta-se que não seria necessário a edição de uma norma para proteger o regime de bens dos indivíduos que contam com mais de setenta anos, haja vista que o ordenamento jurídico almeja que as relações jurídicas sejam pautadas pela boa fé objetiva, fins sociais e bem comum.

Sendo assim, caso ocorra a má fé de alguns dos nubentes quanto a escolha do regime de bens tal relação jurídica deverá ser declarada nula. Não havendo que se impor um tratamento diferenciado aos indivíduos maiores de setenta anos.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

O artigo 10 do Estatuto do Idoso¹⁹ assegura que: “o Estado e a sociedade devem assegurar à pessoa idosa liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.

Sendo assim, percebe-se que a norma do artigo 1641, II do CC é uma afronta aos princípios da liberdade, isonomia e dignidade da pessoa humana, pois ela retira do indivíduo a autonomia de escolher o regime de bens que irá vigorar durante a relação matrimonial.

Há uma discriminação quando o legislador impõe o regime obrigatório de bens aos nubentes em razão da idade. Percebe-se que o artigo 4º Estatuto do Idoso²⁰ repudia qualquer atitude discriminatória e atentatória aos direitos dos idosos.

A incapacidade decorre da impossibilidade de a pessoa manifestar sua vontade diretamente por não ter discernimento total ou parcial. Diante da definição da incapacidade, observa-se que não há que se falar em incapacidade de escolher o regime de bens aos maiores de setenta anos.

Segundo os ensinamentos de Silmara Juny Chinelato²¹:

Inexiste razão científica para a restrição imposta no dispositivo em tela, pois pessoas com mais de 70 anos aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice, aduz — e com ela, in-fundadamente, a capacidade de raciocínio —, chega aos 70 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade... “A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.

A norma civilista impõe que a capacidade para o casamento é atingida quando o indivíduo conta com dezesseis anos. Sendo assim, a pessoa que possui idade superior a setenta anos possui plena capacidade para casar e escolher o regime de bens em que irá vigorar durante o matrimônio.

Caso a pessoa esteja com a capacidade de fato afetada, ela será submetida a curatela, bem como assistida pelos legitimados do artigo 1775 do CC²². Sendo assim, o ordenamento jurídico possui regramento próprio para os indivíduos que tem a capacidade relativa afetada.

¹⁹ BRASIL. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em: 27 dez. 2019.

²⁰ Ibid.

²¹ CHINELATO apud GONÇALVES, Roberto. *Direito Civil 2: Direito de Família*. V. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 642.

²² BRASIL, op. cit., nota 1.

Ressalta-se que a curatela se trata de um *múnus público* e o curador deverá assistir e administrar os interesses dos maiores incapazes que se encontraram em alguma das situações previstas no artigo 1767 do CC. Logo, percebe-se a inutilidade do regramento do artigo 1641, II do CC, além de ser flagrantemente inconstitucional²³.

Conclui-se que a norma que impõe o regime da separação total de bens aos maiores de setenta anos deve ser revista, haja vista que não se pode criar uma incapacidade civil de fato a tais indivíduos com afrontas a diversos direitos fundamentais e princípios. Além disso, tal norma não se coaduna com o direito civil contemporâneo e com o Estado Democrático de Direito.

3. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS EM RAZÃO DA IDADE DOS NUBENTES

A imposição do regime total de bens aos indivíduos que contraem matrimônio contando com mais de setenta anos é flagrantemente inconstitucional, haja vista que a norma do artigo 1641, II do CC viola diversos princípios e direitos fundamentais, sendo eles: a isonomia, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais são um conjunto de normas que visam promover, proteger, afirmar e concretizar direitos inerentes aos seres humanos. Sendo assim, havendo violação de tais direitos fundamentais deverá haver uma proteção pelo Estado.

Diante do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*. Porém, os direitos fundamentais são relativos entre si.

Por outro lado, não pode ocorrer a relativização da dignidade da pessoa humana, haja vista que a dignidade não é conceituada como direito, mas sim um valor fundamental. Desse valor, derivam direitos, quais sejam, a igualdade, liberdade e vida. É importante ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana serve para garantir um mínimo existencial.

Quando a norma do artigo 1641, II do CC foi editada o que se quis proteger foram os bens dos maiores de 70 anos. Porém, tal norma acabou violando diversos princípios e direitos fundamentais. Diante disso, ocorrerá uma ponderação entre tais princípios para que haja a imposição ou não do regime total de bens aos maiores de setenta anos, haja vista que temos em

²³ BRASIL, *op. cit.*, nota 1.

conflito dois direitos fundamentais, quais sejam, a proteção dos bens dos maiores de setenta anos e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Com a ponderação haverá a solução mais adequada ao caso concreto. O efeito disso será a restrição de um ou mais direitos, não havendo que se falar em abolição. Ademais, os princípios apresentam um viés de abstração, tendo por objetivo trazer a justiça.

Em relação a ponderação, ocorrerá o sacrifício de um direito útil para a solução do caso do concreto. Além disso, não poderá ocorrer outro meio menos danoso para se atingir o resultado. Por fim, o ônus imposto ao sacrificado não poderá sobrelevar o benefício que se pretenda dar à solução.

Aplica-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando ocorrer um conflito entre princípios. Dentro da proporcionalidade deve ocorrer a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme os ensinamentos de Nunes²⁴, o princípio da dignidade da pessoa humana pode servir de base para solucionar eventuais conflitos existentes entre os diversos princípios, servindo de parâmetro para incorporar os valores éticos na sociedade. Sendo este princípio o alicerce do critério interpretativo das normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o artigo 2º do Estatuto do Idoso²⁵:

o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidade, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Segundo o doutrinador Ivan Luiz Marques²⁶, é proibida qualquer discriminação ou supressão de direitos dos idosos, por critérios puramente etário, sendo obrigação do Estado e de toda sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos.

Conforme o Estatuto do Idoso, torna-se obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à liberdade e a dignidade da pessoa humana nos termos do artigo 3º.

²⁴ NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

²⁵ BRASIL, op. cit., nota 19.

²⁶ MARQUES, Ivan. *Direitos Difusos e Coletivos V*. São Paulo: Saraiva. 2012. p.65.

É importante mencionar que os princípios da igualdade e liberdade estão previstos no artigo 5º, caput e incisos I, IV, VI e IX, ambos da CF²⁷. Além disso, a dignidade da pessoa humana está dirigida como fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do artigo 1º, III da CF²⁸. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana também foi positivado no artigo 8º Código de Processo Civil²⁹.

Quando as normas jurídicas são criadas elas devem observar o princípio da igualdade, sob pena de ser flagrante inconstitucional. Apenas de forma constitucionalmente autorizada será possível a distinção perante a lei, ou seja, tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade.

A todo indivíduo deverá ser assegurada a liberdade de escolha, ou seja, todo o homem é livre para manifestar sua própria vontade, sem a ingerência arbitrária do Estado. Quando ocorre a imposição do regime total de bens aos maiores de setenta anos verifica-se que há violação da autonomia da vontade. Percebe-se que o Estado não poderia atuar nas relações privadas entre os nubentes de modo a impor um regime de bens.

Por último, a dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco de todo ser humano. Sendo ela conceituada pelo autor Nunes³⁰:

o termo dignidade aponta para, pelo menos dois aspectos análogos mais distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna.

Segundo os doutrinadores Vicente e Alexandrino³¹, apesar da dignidade da pessoa humana ser um Fundamento da República Federativa do Brasil, ela não se funda na propriedade de pertencer ao próprio Estado, mas sim como inerente a pessoa humana.

Por outro lado, Sidney Guerra³² conceitua a dignidade como sendo:

temos a dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa ano contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumana, como venham a lhe garantir as condições existenciais

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em: 25 jan. 2020.

³⁰ NUNES, op. cit., p. 64.

³¹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Gen jurídico, 2017, p.35.

³² GUERRA, Sidney Junior. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm.> Acesso em: 25 jan. 2020.

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Com relação à norma do artigo 1641, II do CC, além de serem violados dispositivos da CF brasileira, também são violadas as normas do Estatuto do Idoso, sendo elas: a igualdade, liberdade e dignidade. Além disso, tal norma viola diversos postulados do direito civil, quais sejam, os princípios da probidade, boa-fé e função social.

Por fim, a imposição do regime total de bens aos indivíduos que contraem matrimônio contando com mais de setenta anos é flagrantemente inconstitucional, diante da violação de diversos princípios e direitos fundamentais. Logo, a norma do artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista.

CONCLUSÃO

A norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser revista, haja vista que ela possui um cunho patrimonialista que não se coaduna mais com as regras do direito de família. Além disso, a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos viola diversos preceitos constitucionais, como a isonomia, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que a norma impositiva do artigo 1641, II do CC deve ser declarada inconstitucional, tendo em vista que a imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos não tem por objetivo proteger o idoso, mas sim os interesses patrimoniais dos seus herdeiros. Ademais, tal norma traz um tratamento diferenciado aos senis, o que não poderia ter sido feito.

Além disso, não seria necessário a imposição de tal regime aos indivíduos maiores de 70 anos com a justificativa de proteção, tendo em vista que o código já repudia as relações que são regidas pela má fé e abuso de direito. Logo, caso ocorresse alguma burla na escolha do regime de bens deve ocorrer a anulação e imposição do regime total de bens, tendo em vista que o código prima que as relações sejam fundadas na eticidade, boa-fé objetiva e função social.

Apesar da doutrina defender a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do CC, a jurisprudência ainda é reservada quanto ao tema, tendo em vista que há um julgado entendendo pela não aplicação da imposição do regime de bens aos maiores de 60 anos, precedida de união estável iniciada antes dessa idade, mas nada fala sobre os indivíduos que contraem matrimônio com mais de 70 anos.

Quando ocorre a imposição do regime total de bens aos indivíduos senis, o código implicitamente acaba afirmando que tais pessoas não possuem a capacidade de fato, haja vista que elas não têm a liberdade de escolher o regime de bens que irá vigorar na relação matrimonial. Logo, percebe-se que tal norma acabou criando uma incapacidade de fato aos maiores de 70 anos, o que não se coaduna com a parte geral do Código Civil e com o Estatuto do Idoso.

Há um conflito de princípio e direitos fundamentais quando se defende a constitucionalidade do artigo 1641, II do CC. De um lado temos a proteção dos bens dos maiores de setenta anos e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Para solucionar tal conflito deve ser feita a ponderação para adequarmos ao caso concreto.

Portanto, a norma prevista no artigo 1641, II do CC precisa ser urgentemente revista e declarada inconstitucional, haja vista que ela viola diversos princípios e direitos fundamentais, sendo elas: a isonomia, a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. Por fim, a regra da imposição do regime total de bens aos maiores de 70 anos precisa ser revista, pois as relações matrimoniais não estão mais regidas por um cunho patrimonialista e não se coaduna mais com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 03 set. 2019.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 25 jan. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 3 set. 2019.

_____. *Estatuto do Idoso*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em: 27 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 377*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400> Acesso em: 3 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 6497335-28.2009.8.13.0702*. Rel. Des. Vieira de Brito. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=9823>>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº 2011.057535-0*. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Disponível em: <<https://tj->

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20879555/apelacao-civel-ac-575350-sc-2011057535-0-tjsc/inteiro-teor-21061813?ref=juris-tabs.3> Acesso em: 23 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. V. 6. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Roberto. *Direito Civil 2*. Direito de Família. V. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUERRA, Sidney Junior. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm.> Acesso em: 25 jan. 2020.

LOBÔ, Paulo. *Direito Civil*. Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Ivan. *Direitos Difusos e Coletivos V*. São Paulo: Saraiva. 2012.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Gen jurídico, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito de Família. V. 5. 13. ed. São Paulo: Gen Jurídico, 2019.