

## ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS

ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SYSTEM OF MANDATORY SEPARATION OF GOODS IN MARRIAGE OF PEOPLE OVER 70 YEARS OLD

André Araújo de Medeiros<sup>1</sup>  
Haroldo Murilo Cotta Neves<sup>2</sup>  
Janaína Alcântara Vilela<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar, por meio dos princípios que regem a Constituição Federal de 1988, as relações patrimoniais advindas do regime de separação obrigatória para os pessoas com mais de 70 anos. A doutrina diverge quanto a obrigatoriedade do regime de separação de bens por entender como ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, além da restrição à capacidade civil de pessoas absolutamente capazes e a discriminação por idade. Sob esse ponto de vista, o Poder Judiciário e o Poder Legislativo vem se manifestando como inconstitucional e salientando pela revogação da referida causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens, já tendo inclusive decisão favorável quanto a outro regime de bens em caso de união estável anterior ao casamento aos maiores de 70 anos por parte do STJ. Dessa forma, pretende-se por meio do aprofundamento dos estudos analisar a temática em questão sob todos os pontos de vista apontados.

681

**Palavras-chave:** Direito de Família. Separação Obrigatória. Maiores de 70 anos.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze, through the principles that govern the Federal Constitution of 1988, the patrimonial relations arising from the mandatory separation regime for people over 70 years of age. The doctrine differs as to the obligation of the separation of property regime, as it is understood as an offense to the constitutional principles of human dignity, equality and freedom, in addition to the restriction on the civil capacity of absolutely capable people and age discrimination. From this point of view, the Judiciary and the Legislative Powers have been manifesting themselves as unconstitutional and emphasizing the revocation of the aforementioned cause of mandatory separation of property regime, having already had a favorable decision regarding another regime of property in the case of a stable union. prior to marriage to those over 70 years old by the STJ. In this way, it is intended, through the deepening of the studies, to analyze the theme in question from all the points of view pointed out.

**Keywords:** Family right. Mandatory separation. Over 70 years old.

<sup>1</sup> Acadêmico em Direito pela Faculdade Una de Contagem. E-mail: andremedeiros320@gmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmico em Direito pela Faculdade Una de Contagem. E-mail: haroldinho58@gmail.com.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Privado com ênfase em Direito do Trabalho pela PUC Minas (CAPES 6). Pesquisadora junto a UNA. Foi integrante do Grupo de Pesquisa do Instituto de Investigação Científica, Constituição e Processo José Alfredo de Oliveira Baracho (IICCP). Pós Graduada em Direito de Empresa pelo IEC - Instituto de Educação Continuada da PUC/MG. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Foi Coordenadora de pesquisas acadêmicas da área de Processo do Trabalho, Processo Civil, Direito Constitucional e Direito Civil do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP). Advogada . Professora Universitária da UNA nos cursos de Direito e Gestão. Assessora Jurídica do NAI - Núcleo de Atendimento à Pessoa Idosa em Situação de Violência - Grupo Ânima.

## 1 INTRODUÇÃO

O casamento, sob a ótica atual do Direito de Família, estabelece uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, tornando-os consortes, responsáveis pelos encargos da família. Assim, o casamento, desencadeia diversos efeitos econômicos, como por exemplo, a contribuição dos cônjuges para o sustento do lar, atendendo as necessidades da família, educação e desenvolvimento da prole, entre outros. Em razão disso, é fundamental o regime de bens.

O ordenamento jurídico brasileiro, adota a liberdade de escolha do regime de bens pelos cônjuges como regra geral (art. 1.639 do Código Civil de 2002). Dessa forma, por meio de um pacto antenupcial, os nubentes escolhem entre os regimes de comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e participação final nos aquestos. Na tendo sido feita a escolha de pacto antenupcial, presume-se que os noivos optaram pelo regime da comunhão parcial.

No entanto, existem no nosso ordenamento jurídico algumas hipóteses, que a lei impõe o regime de separação, elencadas no art. 1.641 do Código Civil, tornando obrigatório o regime de separação de bens ao casamento das pessoas que maiores de 70 (setenta) anos e dos que dependerem para se casar, de suprimento judicial.

Assim, o presente artigo, visa realizar uma análise aprofundada do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 (setenta) anos, em razão da relevância do tema, principalmente na atualidade, uma vez que envolve os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, assim como a capacidade para os atos da vida civil e a discriminação contra os idosos, devido à autonomia da vontade e da capacidade civil. No entanto, o problema dessa temática é: a imposição da separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de 70 anos infringe os princípios fundamentais da dignidade, liberdade e igualdade previstos na nossa Carta Magna?

Por fim, devido ao aumento da expectativa de vida e o crescimento do grupo da terceira idade no Brasil, essa obrigatoriedade do regime de separação de bens imposta pela Lei tendenciosa-se a afetar a cada dia uma maior parcela da população.

## 2 REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A escolha do regime de bens compete aos nubentes, que poderão modificá-lo posteriormente, mediante autorização judicial, conforme expõe o artigo 1.639, § 2º do Código Civil:

1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§1º (...)

§2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (BRASIL, 2002).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, explica que o conceito de regime de bens:

O conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos Cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e administração de ambos ou cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2017, p. 623).

Assim, pode-se dizer que o regime de bens diz respeito ao interesse dos consortes e terceiros. No entanto, quem faz a escolha são os consortes, sendo ilegítima qualquer tipo de interferência externa.

## 2.1 Princípios Básicos de Regimes de Bens

Conforme aponta Varella (2016), os regimes de bens são norteados por alguns princípios fundamentais, tais como princípio da autonomia privada, princípio da indivisibilidade do regime de bens, princípio da variedade de regime de bens e princípio da mutabilidade justificada.

O *princípio da autonomia privada* trata-se do direito dos nubentes de definirem as questões patrimoniais. O Enunciado n. 331 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, explica que existe a possibilidade de criação de um regime misto, vejamos:

O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.

Dessa forma, pode-se dizer que é possível determinar uma comunhão parcial de bens em relação a imóveis, mas uma separação de bens quanto aos móveis/ dinheiro, por exemplo.

O *princípio da indivisibilidade do regime de bens* dispõe que é válido somente um regime de bens para o casal.

O *princípio da variedade de regime de bens*, trata-se das quatro formas de regimes de bens consagradas pelo Código Civil de 2002. Caso não ocorra uma escolha do casal, prevalecerá o regime de comunhão parcial de bens, prevista no art. 1.640 do Código Civil.

O *princípio da mutabilidade justificada* é aquele que permite a alteração do regime de bens por meio de autorização judicial, pedido motivado, com o mútuo acordo dos nubentes, preservando os direitos de terceiros, conforme aponta o art. 1.639, §2º do Código Civil.

Posto isso, seguimos adiante com as análises dos tipos de regimes de bens.

## 2.2 Comunhão Universal de bens

Nesse regime de bens, existe somente um patrimônio, ou seja, tudo que pertence a um, é de ambos. Todos os bens adquiridos antes e depois do casamento serão de ambos, mesmo os bens recebidos em herança ou doados. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves traz a seguinte conceituação sobre o referido regime:

Aquele em que se comunicam todos os bens atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, do mesmo modo as dívidas posteriores ao casamento, salvo as expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (CC, art. 1.667). Por se tratar de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial (GONÇALVES.2017.p. 650).

No entanto, existem algumas exceções elencadas no art. 1.668 do CC/02:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos Incisos V a VII do art. 1.659. (Brasil, 2002)

Outro ponto relevante desse regime é que quando um dos cônjuges vier a falecer, o cônjuge sobrevivente não tem direito à herança, pois possui a metade dos bens.

Dessa forma, falecendo o cônjuge, 50% de todo o patrimônio, por meação é do sobrevivente e os outros 50% (patrimônio que pertencia ao falecido) serão divididos apenas entre os herdeiros (filhos, por exemplo).

## 2.3 Comunhão Parcial de bens

O regime da Comunhão Parcial dos Bens, compreende a 3 (três) patrimônios, distintos. Um patrimônio comum aos cônjuges e um patrimônio de cada cônjuge

individualmente. Nessa modalidade de regime, os bens a serem considerados, compreendem-se fruto do esforço comum do casal a título oneroso, adquiridos durante o casamento (art. 1.659 do CC/02).

O art. 1.660 do Código Civil, elenca os bens que se comunicam na comunhão parcial dos bens, sendo eles:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

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

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

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

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. (Brasil, 2002).

A administração do patrimônio comum, compete aos dois cônjuges em regime de solidariedade.

#### 2.4 Participação final nos aquestos

685

São bens adquiridos de forma onerosa, disposto nos arts.1.672 a 1.687 do CC/02.

Por esse regime, durante o casamento, cada cônjuge possui patrimônio próprio e administração exclusiva de seus bens, cabendo-lhes, no entanto, a época da dissolução da sociedade conjugal, direito de meação sobre os bens aquestos onerosamente adquiridos pelo casal.

Assim, durante a vigência do casamento o casal lidará com seus bens como se fosse um regime de separação total. No entanto, ao final do casamento (divórcio), cada cônjuge terá direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante o período do casamento, como no regime de comunhão parcial de bens.

#### 2.5 Separação Total de bens

Nesse regime, cada cônjuge terá seu patrimônio separado, nesse sentido, apontam os arts. 1.687 e 1.688 do CC/02:

Art. 1687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. (Brasil, 2002)

A separação poderá ser convencional (total ou absoluta) quando objeto da livre deliberação entre os nubentes.

A separação também poderá ser obrigatória (legal). Essa modalidade de separação é aquela que é imposta por Lei, sendo esse o assunto central desse trabalho, que será abordado em um capítulo específico adiante.

### 3 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS BENS

Dispõe o art. 1.671 do CC/02 sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento:

Art.1.671 - É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. **(grifo nosso)** (Brasil, 2002).

Conforme abordagem do referido artigo, adentra-se ao tema central do presente estudo.

686

#### 3.1 Idosos e a Separação Obrigatória de Bens

A sociedade moderna, tende a encarar a velhice ou “terceira idade” como a incapacidade das pessoas, diminuindo a classe dos idosos. Nesse ponto de vista, o art. 1.641, inc. II, do Código Civil, trouxe em seu texto legal a vedação, para as pessoas maiores de 70 anos de idade, quanto a escolha do regime de bens ao constituírem casamento, impondo o regime de separação obrigatória de bens.

Segundo dados do IBGE em 2017, a população idosa no Brasil cresce cada vez mais, sendo que no ano de 2017, 14,4% da população nacional é de pessoas com mais de 60 anos de idade (IBGE, 2017).

Assim, observa-se que as pessoas dessa faixa etária, auxiliam na redução das taxas de natalidade, aumentando a expectativa de vida. Com os avanços tecnológicos e medicinais, o combate e tratamento das doenças evoluiu, aumentando a qualidade e expectativa de vida das pessoas.

Dessa forma, os idosos devem e merecem ser tratados com igualdade e não como incapazes. Nesse sentido aponta o art. 2º da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso):

O idoso 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. (BRASIL, 2003).

O art. 10 da referida Lei complementa:

É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, 2003).

Assim, a determinação do art. 1.641, do CC, trouxe inúmeras incongruências e discrepâncias, principalmente com a limitação imposta pela livre escolha do regime a ser adotado aos nubentes com mais de 70 (setenta) anos, merecendo uma reforma para que possa ser incluído no atual cenário da sociedade brasileira.

Assim aponta entendimento jurisprudencial:

AGRAVO. ALTERAÇÃO REGIME DE BENS. CÔNJUGE COM MAIS DE 70 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. I - Cabível o julgamento na forma do art. 557 do cpc, em face do entendimento da Câmara sobre a matéria. **II - Não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do CC, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade.** RECURSO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70053128088, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 27/02/2013) Ver íntegra da ementa. (TJ-RS - AGV: 70053128088 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 27/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/03/2013). **(grifo meu)**.

Insta salientar, que a jurisprudência abrandou a própria restrição imposta, editando a Súmula 337 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe: “*no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*”. Dessa forma, os bens adquiridos pelo esforço comum, na comunhão de separação legal, comunicam-se, sob pena de incorrer em enriquecimento sem justa causa.

No entanto, algumas jurisprudências, vem se posicionando sobre a inconstitucionalidade do regime obrigatório de bens, vejamos:

CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS. Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu

em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70017318940, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relat or: Maria Berenice Dias, Julgado em 20/12/2006).

O legislador ao criar o art. 1.641, do CC/02, teve como objetivo proteger os direitos fundamentais dos maiores de 70 anos, evitando golpes por puro interesse econômico contra a pessoa idosa e o direito de terceiros. No entanto, tal postura reduz a pessoa idosa a uma pessoa incapaz, com pouco discernimento e incapaz de tomar suas próprias decisões. Nesse sentido, aponta Bontempo:

Porém, de acordo com o que foi exposto acima, o artigo mencionado trata a pessoa idosa comparada à pessoa incapaz, como se não fosse capaz de entender, querer ou fazer decisões que não comprometeriam o seu patrimônio. Nesse seguimento, o fato de ter mais de 70 anos não é sinônimo de prodigalidade e que ter o direito de fazer o que bem quiser com o próprio patrimônio é um exercício de autonomia (BONTEMPO, 2014)

Assim, essa norma gerou uma polêmica fundamentada pela inconstitucionalidade que ocorre, na supressão de diversos princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, do direito a igualdade, o direito à liberdade, entre outros. É importante ressaltar que a capacidade de fato do idoso, não deve ser vinculada a sua idade, mas sim às suas limitações intelectivas e volitivas (quando houver).

Quanto ao direito sucessório, a herança somente ocorre com a morte do de cujus. Destarte, presume-se que a autonomia de uma pessoa que tem a capacidade plena para administrar sua vida, não deveria ser julgada, com base no argumento de que seria para proteger os direitos dos futuros herdeiros, tendo em vista que os direitos sucessórios dependem do evento morte.

Fábio Ulhoa analisa:

Mas é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC (Chinelato, 2004:289/291), embora a jurisprudência ainda titubeie a respeito do tema (Cahali, 2004:167/182). (COELHO, 2012. p. 88).

A partir do momento que o Código Civil impôs a adoção de regime de bens, apenas em razão da idade avançada, desvalorizou a dignidade, a liberdade e a autonomia da pessoa, confrontando os princípios basilares citados nos dispositivos constitucionais.

Desse modo, não cabe ao Estado limitar a autonomia da pessoa, em razão dos aspectos patrimoniais, sob o incoerente argumento de que pessoas idosas são suscetíveis a fraudes. Em regra, os idosos são plenamente capazes para todos os atos da vida civil.

### 3.2 Súmula 377 do STF

A restrição quanto à livre escolha dos idosos, pelo regime matrimonial e os seus efeitos gerados, sempre foi pauta no direito civil brasileiro. Para dirimir as questões sobre o tema, em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 377, estabelecendo que "*no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*" (BRASIL, 1964).

Porém com a criação do novo Código Civil em 2002, o legislador manteve no art. 1641, as mesmas restrições impostas no antigo código, gerando uma discussão acerca da aplicabilidade da Súmula 377.

Dessa forma, o STJ firmou o entendimento que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, ou seja, apenas será concedido ao interessado comprovar a participação na aquisição de determinado bem a ser partilhado quando ocorrer o fim da sociedade conjugal. Assim, basta assinarem um pacto antenupcial, visando se resguardar da aplicação da Súmula 377 em caso de extinção da sociedade conjugal. No entanto, ainda há interpretações diversas sobre o tema, causando uma instabilidade jurídica.

Sobre o tema, aponta Maria Berenice Dias:

É imperioso reconhecer que, em qualquer das hipóteses de imposição do regime legal, a separação diz respeito aos bens presentes, e não aos futuros obtidos na vigência do casamento. Esta foi a lógica que inspirou a súmula. O casamento gera plena comunhão de vidas. Em decorrência do dever de mútua assistência os cônjuges adquirem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. O casamento faz surgir verdadeiro vínculo de solidariedade, não justificando a vedação legal, sob pena de se fomentar o locupletamento indevido de um em detrimento do outro (DIAS, 2011, p. 87, apud Silva, 2020).

Isto posto, é evidente a utilidade da Súmula 377 do STF, visando a proteção dos interesses dos nubentes idosos, afastando os efeitos da sanção patrimonial indevidamente imposta.

### 3.3 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA, DA IGUALDADE E DA LIBERDADE DIANTE DA OBRIGATORIEDADE DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA CASAMENTOS DE PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS

Segundo o artigo 1º do Código Civil, “*toda pessoa é capaz de direitos e deveres*”. Esta capacidade é explicada no decorrer do dispositivo. Pode ocorrer de diversas formas: sendo pela maior idade ( completados 18 anos) conforme aponta o art. 5º, parágrafo único, do Código Civil; através da aquisição da capacidade de fato pelo indivíduo, refletindo-se atingida a plenitude da capacidade, desde que não se encaixe em nenhuma das possibilidades do rol de incapacidade, tanto absoluta quanto relativa, apontadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Assim, adentra-se aos princípios que regem o tema em estudo, a começar pelo princípio da autonomia e da liberdade. Sobre esse princípio, explica Lenza (2012):

[...] a autonomia é a expressão em que, refere-se à capacidade das pessoas em realizar as suas tomadas de decisões frente à prática dos seus atos. Considera-se autônomo o indivíduo que consegue expressar a sua vontade, que age conforme suas crenças e valores morais, que possui a faculdade de analisar e se responsabilizar sobre seus atos e as consequências que deles resultarem. (LENZA, 2012, p. 243).

Nesse sentido, completa Maria Berenice Dias (2011):

[...] a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito, que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. (DIAS, 2011, p. 60).

A Constituição Federal de 1988, anuncia a liberdade e a igualdade entre os valores essenciais para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No art. 1º, inciso III, a nossa Constituição aponta como princípio basilar da sociedade, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de estabelecer em seu art. 3º, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda sobre a Carta Magna, no caput do seu art. 5º, nos traz o texto legal de “*que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e assegura a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”.

Partindo dessas exposições, Dias (2011) discorre que a Carta Magna, é uma das mais avançadas legislações do mundo, uma vez 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*”.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2010), opina que a dignidade da pessoa humana é a base fundamental dos direitos humanos, apresentando três aspectos essenciais: valor intrínseco, autonomia da vontade e valor social da pessoa humana. Assim, segundo o autor, tem-se a autonomia, como elemento da dignidade que envolve a capacidade de autodeterminação, o direito de escolha dos rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade.

Luis Alberto Marques Pinheiro (2020) explica que quando se trata da imposição do regime de separação de bens em razão da idade, observa-se a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, retirando da pessoa maior de 70 (setenta) anos, a sua autonomia para escolher o regime de bens que esta julgar adequado para reger seu casamento, conferindo a essa pessoa o tratamento de incapacidade, mesmo que não enquadrada dentro de nenhuma das hipóteses de incapacidade civil, somente em razão da idade.

Assim, diante da nova realidade social, é justo que toda pessoa tenha o direito de escolha sobre a constituição de sua família, tendo em vista que houve uma expansão do conceito de *Família*, consagrando diversas espécies de entidades familiares, com base na afetividade, promovendo a dignidade humana no grupo familiar. A opção pelo regime de casamento, reflete a vontade das partes, visando a comunhão plena de vidas, assim cumprindo sua função social.

Assim, o regime de separação obrigatória de bens, ofende a Constituição Federal, contradiz o Código Civil, estando longe de constituir uma medida protetiva. O Código Civil prevê em seu texto legal, que a capacidade de fato é adquirida, em regra, com a maioridade, habilitando-se a pessoa à prática de todos os atos da vida civil aos 18 (dezoito) anos. No entanto, em algumas situações específicas elencadas no Código Civil, a capacidade civil, valerá também, para os menores.

Dessa forma, a lei estabelece as hipóteses de incapacidade civil, sendo essas definidas em rol taxativo (Artigos 3º a 5º do Código Civil de 2002). Assim, conforme apontado por Reis (2018), uma vez adquirida a capacidade civil plena, só poderá ser afastada nas situações previstas em lei, por meio do processo judicial de interdição, observadas as regras formais especiais. Explica o autor que sendo decretada a interdição, será nomeado um curador para representar o interdito nos atos da vida civil.

As hipóteses de incapacidade civil absoluta e relativa (artigos 3º e 4º do Código Civil), não aponta a incapacidade aos maiores de 70 (setenta) anos de idade.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), esclarece que o objetivo do referido estatuto é a proteção da pessoa idosa e não a redução de sua capacidade de exercício.

Dessa forma, conforme é observado ao longo desse capítulo, os idosos detêm capacidade civil plena, tendo em vista que a idade avançada não está enquadrada em nenhuma das hipóteses de incapacidade civil abordadas pela legislação, exceto em situações de enfermidade que prejudique seu discernimento.

Pablo Stolze Gagliano expõe que:

Entendemos inconstitucional o dispositivo que impõe o regime de separação legal obrigatória aos maiores de 70 anos, não apenas por afronta ao princípio da razoabilidade (com esta idade, ou mesmo superior, pode-se presidir a República), mas, especialmente, por vulnerar a isonomia constitucional, criando uma limitação incompreensível para tais pessoas. E não se diga que o legislador pretendeu evitar o “golpe do baú”, pois, se esse fosse o argumento justificador da norma, chegar-se-ia à conclusão de que a lei viciou-se pelo elitismo, apenando a imensa maioria das pessoas que pretendem casar sem esse risco patrimonial. (GAGLIANO, 2010, p.116)

Assim, não há justificativas para a regra que impõe o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos pelo Código Civil, retirando-lhes a liberdade de escolha do regime de bens, para reger as relações patrimoniais decorrentes de seu casamento, tratando-os como indivíduos incapazes.

692

Sobre esse ponto de vista, expõe Venosa (2011):

[...] equipara-se os maiores de 70 anos às pessoas dotadas de capacidade diminuída, sujeitas à proteção do Estado, porém, dispensando-se a exigência legal do processo de interdição. Frise-se, inclusive, que, não sendo necessária a interdição, a diminuição da capacidade civil instituída pelo art. 1.641, inciso II, do código aparenta ser ainda mais gravosa que as hipóteses estabelecidas pelos artigos 3º e 4º, o que não há como não se questionar. (VENOSA, 2011, p. 104).

A obrigatoriedade do regime de separação de bens, para os maiores de 70 (setenta) anos, ocorre ainda que não tenham família a qual deixar seus bens, caindo em contradição, quanto aos argumentos de proteção ao idoso e a sua família.

Por fim, se a implantação desse regime, visa proteger a família do idoso, tal imposição não deveria persistir, quando não houver família a ser amparada. E mesmo que o idoso tenha família, vale ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro não tem a tratativa de herança de pessoa viva. Conforme dispõe o art. 5º, XXII da CF/88, é assegurada a pessoa, a livre disposição dos seus próprios bens, sendo essa uma garantia fundamental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o presente estudo, buscou-se, avaliar a imposição elencada no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, que impedem os idosos acima de 70 (setenta) anos de contrair casamento em regime onde há comunicação de bens.

Considera-se que o legislador, ao criar o regime de separação obrigatório de bens às pessoas com mais de 70 anos, buscou a proteção do patrimônio dos nubentes e de seus herdeiros.

No entanto, verificou-se que esta imposição é inconstitucional, pois conflita com alguns princípios norteadores constitucionais, tais como, o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. A velhice não é sinônimo de incapacidade na lei civil, o que torna a imposição ainda mais incoerente com o nosso ordenamento pátrio, ferindo diretamente os princípios basilares da nossa sociedade.

Os idosos gozam de plena capacidade negocial, tornando a vedação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, além de incompatível aos princípios constitucionais, uma pauta discriminatória. Desta forma, os idosos de 70 anos, ou mais, sofrerão a instabilidade nas relações pessoais e patrimoniais, decorrentes de leis que não atingem ao objetivo principal de alcançar a paz social.

Assim, a interpretação do dispositivo do Código Civil, deve ser pautada na Carta Magna, garantindo o cumprimento de todas as garantias e direitos fundamentados ao longo do texto legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Kátia Flaviane Faria. FERREIRA, Thays Maria Aparecida. **A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS.** Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18357/1/A%20%28IN%29%20CONSTITUCIONALIDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20OBRIGAT%C3%93RIA%20PARA%20OS%20NUBENTES%20MAIORES%20DE%2070%20ANOS%20%28I%29.pdf> > Acesso em 12 abr 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Disponível em: [https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf/](https://luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf/) >. Acesso em: 10 mai 2020.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. **Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito.** Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento, v. 19, n. 03, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em 01 mai 2022.

BRASIL. Lei nº. 10.406/2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) > Acesso em 08 mai 2022.

BRASIL, Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110741.htm#:~:text=LEI%20N%2010.741%20C%20DE%201%20C%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.,a%2060%20\(sessenta\)%20anos.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110741.htm#:~:text=LEI%20N%2010.741%20C%20DE%201%20C%20BA%20DE%20OUTUBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20do%20Idoso%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art.,a%2060%20(sessenta)%20anos.) > Acesso em 09 mai de 2022.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: RT, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação. São Paulo: Saraiva, 2997, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil I. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GUEDES, Anderson Nogueira. **Breve análise acerca da imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/343555/regime-da-separacao-de-bens-no-casamento-da-pessoa-maior-de-70-anos> > Acesso em: 01 mai 2022.

694

JC. **Em quatro anos, número de idosos aumenta 16% no Brasil, aponta IBGE.** Disponível em: [http://jconline.neio.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/11/24/emquatro-anos-numero-de-idosos-aumenta-16\\_porcento-no-brasil-aponta-ibge317204.php](http://jconline.neio.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2017/11/24/emquatro-anos-numero-de-idosos-aumenta-16_porcento-no-brasil-aponta-ibge317204.php). > Acesso em: 14 mai 2022.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOZZA, Cláudia. **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS.** Disponível em: [https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11571/Lozza\\_Cl%C3%A1udia.pdf?sequencia=1](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11571/Lozza_Cl%C3%A1udia.pdf?sequencia=1) > Acesso em 08 mai 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Impor a idoso separação obrigatória de bens é inconstitucional.** Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-jan-11/impor\\_idoso\\_regime\\_bens\\_inconstitucional](https://www.conjur.com.br/2008-jan-11/impor_idoso_regime_bens_inconstitucional) > Acesso em 18 abr 2022.

PINHEIRO, Luis Alberto Marques. **A imposição do regime de separação de bens no casamento dos maiores de 70 anos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84458/a-imposicao-do-regime-de-separacao-de-bens-no-casamento-dos-maiores-de-70-anos> > Acesso em 24 mai 2022.

REIS, Guilherme Freire Lima. **Contraposição da Capacidade Civil das Pessoas com mais de 70 Anos e o Regime de Separação Obrigatória**. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188178/TCC%20-%20Guilherme%20Reis.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 29 mai 2022.

ROSENVOLD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Código Civil Comentado - Artigo por Artigo**. Salvador : Editora Juspodivm, 2020.

SILVA, Victor Taffarel Santos. FARIAS, Cláudio Antônio de. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de 70 anos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82394/a-inconstitucionalidade-do-regime-de-separacao-obrigatoria-de-bens-para-os-nubentes-maiores-de-70-anos> > Acesso em 04 mai 2022.

VARELLA, Ian. **Princípios norteadores do regime patrimonial de bens**. Disponível em: <https://ianvarella.jusbrasil.com.br/artigos/304695966/principios-norteadores-do-regime-patrimonial-de-bens> > Acesso em: 27 mai 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.