

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO PARA MAIORES DE 70 ANOS

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE MANDATORY SEPARATION PROPERTY REGIME FOR OVER 70 YEARS OLD

Débora dos Santos Andrade¹

Tamar Ramos de Oliveira²

RESUMO: Esse artigo buscou abordar o artigo 1.641 exposto no Código Civil de 2002, inciso II, onde menciona que os idosos com idade superior a 70 anos, serão obrigados a seguir o regime de separação de bens. Esse dispositivo se contradiz com normas do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a lei que o estabelece, pois viola diversos preceitos e princípios constitucionais quando presume uma suposta incapacidade da pessoa idosa para dispor dos seus bens no matrimônio, restringindo sua autonomia da vontade, tornando-os relativamente incapazes para ações da vida civil. Por tanto objetiva-se analisar a (in) constitucionalidade do artigo 1.641 que obriga os idosos acima de 70 anos a adotarem o regime de separação de bens. Nesse sentido, o legislador ao impor essa obrigatoriedade, não especificou tal restrição, desprezando os direitos constitucionais como o a igualdade, liberdade, autonomia da vontade e dignidade, sob a presunção absoluta de total incapacidade devido à idade. O método utilizado na pesquisa foi o bibliográfico de cunho exploratório, utilizando teses, monografias e legislações aplicáveis ao tema, com abordagem dedutiva por partir de premissas gerais mediante um procedimento estruturalista que permitiu buscar informações através da elaboração de hipóteses relacionadas ao problema. Por fim os resultados esperados acerca da inconstitucionalidade, ao qual a imposição é discrepante em razão das questões à capacidade, que somente cessa se a pessoa for acometida de algum tipo de deficiência que remova a sua aptidão e lucidez.

1538

Palavras-chave: Separação de Bens. Idoso. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This article sought deals with article 1641 exposed in the Civil Code of 2002, item II, where it mentions that the elderly over the age of 70 will be obliged to follow the regime of separation of property. This provision contradicts the norms of the Brazilian legal system, especially the law that establishes it, as it violates several constitutional precepts and principles when it presumes an elderly person's supposed inability to dispose of their assets in marriage, restricting their autonomy of will, making them relatively incapable of civil life actions. Therefore, the objective is to analyze the (in) constitutionality of article 1641, which obliges the elderly over 70 years to adopt the regime of separation of property. In this sense, the legislator, when imposing this obligation, did not specify such a restriction, disregarding constitutional rights such as equality, freedom, autonomy of will and dignity, under the absolute presumption of total incapacity due to age. The method used in the research was bibliographical with an exploratory nature, using theses, monographs and legislation applicable to the subject, with a deductive approach by starting from general premises through a structuralist procedure that allowed to search for information through the elaboration of hypotheses related to the problem. Finally, the expected results about unconstitutionality, which the imposition is discrepant due to issues of capacity, which only ceases if the person is affected by some type of disability that removes their aptitude and lucidity.

Keywords: Separation of Assets. Elderly. Unconstitutionality.

¹ Graduanda em Direito. Faculdade de Ilhéus (CESUPI).

² Docente do curso de Direito da faculdade de Ilhéus (CESUPI).

INTRODUÇÃO

Ao estabelecer as hipóteses em que se torna obrigatória a adesão do regime de separação de bens, o legislador ordinário fez constar no rol do artigo 1.641, inciso II do Código Civil Brasileiro, as pessoas com idade superior a setenta anos.

Todavia, no que tange ao casamento, o sistema jurídico brasileiro determina que os nubentes são livres para escolher de que forma quer dispor o seu patrimônio, escolhendo o regime que lhes convém. Com isso, percebe-se que, quando se trata do idoso com idade superior a 70 anos, há uma obrigatoriedade instituída pelo Código Civil de 2002 em adotar o regime de separação dos bens, presumindo dessa forma, que estes não possuem o discernimento necessário para escolher quanto a sua disposição.

Dessa forma, institui a Constituição Federal de 1988, “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.” (BRASIL, 1988, online), vendando qualquer forma de discriminação, tanto por questões de idade quanto de sexo do indivíduo.

Assim, em termos do Direito, entende-se que as leis devem ser aplicadas de forma igual a todos que estejam dentro de uma mesma condição, tendo como base o princípio da isonomia ou igualdade. Portanto, levando em consideração que o conceito de casamento foi alterado com a evolução da sociedade, bem como direitos e obrigações elencados no próprio Código, a constituição da família é plural e se dá pela afetividade.

Por isso, é relevante trazer o tema para discussão tendo em vista foi tutelado o Estatuto do Idoso com objetivo de garantir a dignidade da pessoa idosa, promovendo a inclusão social e a proteção de seus respectivos direitos, cuja família, sociedade e o Estado, possuem o dever de resguardá-los. Logo, tal posicionamento deve ser considerado inconstitucional por violar os princípios fundamentais estabelecidos tanto na Constituição Federal como no Estatuto do idoso.

1. DIREITO DE FAMÍLIA E A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que possui normas referentes a estruturação, proteção e organização das espécies de família, e o ramo que mais vem

sofrendo com as transformações ocorridas no decorrer do tempo, pois, à medida que a sociedade evolui, o direito precisa evoluir, principalmente o direito de família que é a área que institui a estrutura, organização e normas de convivência e relação dos indivíduos, bem como, os efeitos que deles resultam.

Anterior ao advento do Código Civil de 2022, vigorava o Código de 1916 fundado em uma visão patrimonial e hierarquizada, ao qual o casamento era o único meio estabelecido por lei para constituir família, dessa forma, somente a família matrimonial estava assegurada quanto a proteção do Estado e transmissão de bens.

Para Paulo Lôbo (2014, p.33 apud Lozzo, 2014, p. 12): “O direito de família é um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família.”

Assim, através dos meios de constituição de família, em especial o casamento, é que se difunde as normas básicas do Direito de família. Porém, devido a evolução e rompimento de tradições da sociedade, gera uma necessidade de o Direito acompanhar as alterações de valores do Instituto e rever determinadas leis que não se enquadram mais, pois, há na doutrina e jurisprudência pátria o reconhecimento do afeto como base da família contemporânea, cabendo à doutrina moderna adequar-se.

1540

Conforme Reis (2008), o afeto se comporta como o elemento qualificador das relações familiares, e que conseqüências são geradas no momento de instituição da família, durante e até mesmo na sua extinção. Logo, o ordenamento jurídico não pode ignorar as modificações ocorridas sob pena de um retrocesso.

Menciona:

A família, hoje em dia, é nada menos que uma “união afetiva” em que sua essência e razão de existência residem na comunhão espiritual, dentro de uma atmosfera que tem como intenção a fortificação e o crescimento da unidade familiar, na qual homem e mulher constroem igualdades de valores, princípios, oportunidades e direitos. (SOUZA, 2013, pág.04)

No que tange aos princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna, há princípios fundamentais para o Direito Civil e que se tornam prioritário para a organização jurídica familiar, vedando qualquer espécie de discriminação, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade devido a evolução dos valores diante as mudanças sociais.

Sendo assim, na falta de previsão legislativa ou inconstitucionalidade, a lei não deve ser omissa, e precisa recorrer aos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de família:

O papel dos princípios é também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, ultrapassando, desta forma, a concepção estritamente positivista, que prega um sistema de regras neutro. Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. (PEREIRA, 2005, p.18 apud LOZZO, 2014, p. 11)

A dignidade da pessoa humana para Lozzo (2014) é a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade, significa igual dignidade para todas as entidades familiares. Ou seja, é o princípio máximo do estado democrático de direito, pois, é a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo.

Já a igualdade, conforme exposto na Constituição, “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, a liberdade, a igualdade, à segurança e à propriedade. ” (BRASIL, 1988, online), ou seja, o ordenamento assegura tratamento isonômico e proteção de forma igual aos indivíduos, visto que, a igualdade está vinculada a ideia de justiça, cujas diferenças não legitimam tratamento do sistema de forma desigual quanto aos direitos e deveres.

1541

Já o princípio da Liberdade, é a livre iniciativa de poder de escolher tanto da constituição, quanto da realização e extinção de uma entidade familiar, sendo vedada qualquer intervenção estatal.

Conforme artigo 226, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, “ a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988, online), nesse sentido, o Estado precisa gerar condições para o indivíduo estar apto para o convívio em sociedade, não deixando este de cumprir a sua função social.

No direito de família, a ordem pública prepondera dispendo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial. (VENOSA, 2004, pág. 25 apud LOZZA, 2014, pág. 11)

Por tanto, tal intervenção do Estado na família é fundamental, desde que preserve o princípio da autonomia, não se tornando invasiva, devendo respeitar os princípios

constitucionais aplicáveis ao direito de família, principalmente no que se refere a esfera privada dos indivíduos.

1.2 REGIME DE BENS NO DIREITO BRASILEIRO

Entende-se por regime de bens a consequência jurídica advinda do casamento, sendo um conjunto de diretrizes que vai regular e definir o que irá ocorrer com o patrimônio dos conjugues em caso de dissolução ou morte de uma das partes, por este motivo, é importante estipular o tipo de regime que irá efetivar a finalidade constitucional dada a família, podendo gerar de forma tranquila os efeitos pessoais e patrimoniais na vida de ambos:

O regime de bens é um contrato estabelecido entre os cônjuges, norteado pela livre manifestação de vontade entre as partes, visando tutelar a relação patrimonial surgido com o matrimônio com o objetivo de regularizar a administração e a propriedade dos bens adquiridos antes, durante ou depois do casamento. (LOZZA, 2014, p. 04)

Assim, o tipo de regime de bens é norteado por regras gerais como a liberdade de escolha, a variabilidade e a mutabilidade, que vai reger a situação patrimonial durante a vigência do casamento:

A existência de algum regime matrimonial de bens é uma consequência infestável do estabelecimento de um relacionamento afetivo, e está presente em todas as legislações, à exceção do primitivo código soviético de família que proibiu o estabelecimento de regime de bens no casamento, mas regulou normas acerca da assistência recíproca entre os cônjuges e da manutenção dos filhos, o que, na prática, implicava na adoção de um regime único de separação de bens. (MADALENO, 2013, p. 700 apud LOZZA, 2014, p. 25)

Assim, o artigo 1.639 do Código Civil de 2002 estabelece que “é lícito aos nubentes antes de celebrado o casamento, estipular quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002, online), logo, adotou dois tipos de separação, quais sejam, a forma convencional que preza pela liberdade de escolha onde os nubentes que decidem no pacto antenupcial o regime que lhes convier, podendo optar entre as quatro espécies de regime de bens estipuladas, sendo a comunhão parcial, a comunhão universal, a separação convencional e participação final nos aquestos.

A comunhão parcial, disposto dos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002, é a regra em caso de ausência do pacto, é o regime ao qual os bens adquiridos na constância do casamento, serão partilhados de forma igual entre o casal, não confundindo aqueles que

antecedem, porém, se uma parte vier a falecer, precisa observar se há bens particulares, pois, se existirem bens anteriores ao casamento, a divisão será por meio da concorrência sucessória, e meação para bens posteriores.

Cita o artigo:

Art. 1660. 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, online).

E também com relação aos incomunicáveis ou particulares de cada um:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I- os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II- os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III- as obrigações anteriores ao casamento; IV- as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V- os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI- os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII- as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. (BRASIL, 2002, online)

O regime da comunhão universal disposto no artigo 1.667 a 1.671 é aquele em que torna comum tanto os bens presentes no momento da celebração do casamento, quanto os adquiridos na constância da união pertencem a ambos os cônjuges, ressalvado as exceções do 1.668.

1543

Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados 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, online).

Dessa forma, extinta a sociedade conjugal pelo divórcio, com exceção aos bens do artigo 1.668 do Código Civil, todos os demais serão partilhados entre os consortes de forma igual. Porém, se houver falecimento de uma das partes, não haverá concorrência com os sucessores, pois ele se torna meeiro.

A participação final dos aquestos, está previsto nos artigos 1.672 a 1.686, e como o próprio nome diz, é o regime que é feito no pacto antenupcial, ao qual, à época do casamento, cada conjugue possui patrimônio próprio, mas na dissolução, é feito a divisão a

título oneroso que lhe cabendo direito à metade dos bens adquiridos na constância do casamento:

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário. Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem (BRASIL, 2002, online).

O regime de separação convencional é disciplinado nos artigos 1.687 e 1.688 também do Código Civil, ao qual o casamento não repercute na esfera patrimonial, podendo cada um livremente alienar e gravar de ônus real os seus bens, mantendo isolados os patrimônios dos cônjuges acumulados antes e durante o casamento. Em caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário do falecido e irá participar da sucessão dos bens particulares junto aos herdeiros.

Já a forma obrigatória, tema deste trabalho, é aquela imposta pelo legislativo, onde limita a livre escolha dos nubentes impondo a separação de bens como obrigatório e não pela livre escolha das partes:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002, online).

1544

Ou seja, todos os bens antes do casamento, não se comunicam, bem como os aquestos, bens futuros ou durante a vida, cuja finalidade segundo a lei é a de conferir proteção àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, porém tal proteção é inconstitucional à luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, pois generaliza todos os idosos com idade superior a 70 anos como incapaz.

1. DA CAPACIDADE E DA PROTEÇÃO ASSEGURADOS AOS IDOSOS

A devida proteção aos idosos começou a ser reconhecida com o advento da Constituição Federal de 1988 que se tornou o maior marco histórico na garantia dos direitos fundamentais defendidos por princípios constitucionais assegurando os direitos independentemente da idade.

Foi tida “como um meio de reduzir ou até mesmo compensar a desvalorização da pessoa idosa, fruto do sistema socioeconômico” (SILVA, 2021, p.19). Essa exclusão forçada

causada pela imposição do capitalismo na sociedade colocou o idoso em uma posição de hipossuficiente, causando preconceitos e danos a classe.

Dessa forma, a Constituição além de estabelecer a garantia a saúde, segurança, igualdade, liberdade e vida digna aos idosos, estabeleceu também os responsáveis por os garantir. Conforme artigo 230, “tanto a família quanto a sociedade e o Estado, possuem o dever de resguardar os idosos, de forma a assegurar a sua inclusão na comunidade, defendendo a dignidade e o bem-estar, garantindo a eles, o direito à vida.” (BRASIL, 1988, online).

Foi vedada também qualquer forma de discriminação, sendo que, em termos do Direito, as leis devem ser aplicadas de forma igual a todos que estejam dentro de uma mesma condição, tendo como base o princípio da isonomia ou igualdade:

“Art. 5º 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” (BRASIL, 1988, online).

Assim, para assegurar esses direitos dispostos na Carta Magna, foi tutelado o Estatuto do Idoso, lei n. ° 10.741/2003 com objetivo de garantir a dignidade da pessoa idosa, promovendo a inclusão social e a proteção de seus respectivos direitos.

1545

Portanto, o Estatuto é uma “Lei que por si só, demonstrou enorme preocupação do Estado ante ao idoso, vez que esta tem a finalidade única e exclusiva de trazer clareza acerca dos direitos da pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos.” (SILVA, 2021, p. 19). Logo, regulamenta os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, não aceitando à exclusão, o preconceito e as desigualdades, de maneira que o seu envelhecimento deve ser garantido de forma digna e saudável.

Por isso, a chamada terceira idade possui particularidades que vão além da faixa etária estabelecida, principalmente no que se refere a autonomia da vontade e a sua capacidade que estar intimamente ligado ao direito de respeito, estabelecido no artigo 10 quando menciona sobre a inviolabilidade:

Art. 10. 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. § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – faculdade de ir vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições

legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões; V – participação na vida familiar e comunitária; VI – participação na vida política, na forma da lei; VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação. § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. (BRASIL, 2003, online).

Os idosos precisam ser respeitados na sua integralidade, cuja idade não pode ser motivo para torna-lo civilmente incapaz a ponto de desconsiderar a sua vontade, portanto a idade senil não pode ser julgada como deficiência ou doença, visto que não estar elencada como tal.

Art.2. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, online).

Assim, o Código civil em seus artigos 3º e 4º informa que a capacidade de fato ao ser obtida pela maioridade ou emancipação não cessa com a idade senil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (BRASIL, 2002, online).

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 2002, online).

Visualizando a atual condição social da população idosa, é perceptível que eles se encontram mais ativos e lúcidos, possuindo uma maior longevidade, não sendo correto presumir a incapacidade civil de forma automática, com fundamento na idade senil, a não ser em casos que pessoa for acometida de deficiência que retire sua aptidão lucidez, devendo o dispositivo do atual Código ser pautada na Constituição Federal, garantindo o cumprimento dos direitos e garantias fundamentados neste.

“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, online).

Nesse sentido, devido a evolução dos costumes, valores e da reformulação do conceito de família regido pelos laços de afetividade, bem como da evolução da proteção e inclusão assegurados aos idosos, será demonstrado de que forma esse artigo viola os princípios fundamentais tanto do Direito de Família quanto do Estatuto e da Constituição maior.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

O Código Civil de 2002 estabeleceu em seu artigo 1.641 os casos em que o regime de separação de bens será obrigatório. Dentre eles, impôs a obrigatoriedade ao idoso maior de setenta anos, impedindo estes de escolherem a forma de reger o seu patrimônio, tornando-se incomunicável os bens obtidos antes do casamento, sob a justificativa de proteção matrimonial para evitar o enriquecimento sem causa. (VICENTE, 2022, online)

Conforme Vicente (2022), essa imposição fere o princípio da dignidade, pois, o casamento é entendido para os operadores do direito como uma espécie de contrato bilateral especial no âmbito do Direito de Família, ao qual os conjugues em comum acordo, decidem a forma de reger o seu patrimônio e principalmente a sua formação familiar com base na pluralidade do conceito de família, que passou a ser constituída não só por homem e mulher através do casamento.

1547

Para Azevedo (2019, p. 21 apud Ávila, 2021, online): “A autonomia da vontade patenteia-se, a cada instante, no ambiente dos contratos, que nascem sob sua influência direta. É à vontade, que, ao manifestar-se, retrata o interesse da pessoa física ou jurídica, no meio social. ”

Dessa forma, a família plural independe da idade, sexo ou parentesco e deve ter respeitada a sua vontade em sua integralidade:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988, online).

Com isso, diante as lacunas deixadas na lei por ser limitada, presume uma incapacidade absoluta aferida a toda e qualquer pessoa idosa maior de 70 anos em não possuir condições ou discernimento de escolher o próprio regime de bens, entendendo assim que devem ser submetidas ao regime de separação.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 afrontou a Carta Magna quando impôs a obrigatoriedade, isso por que, por regra geral disposta no artigo anterior de número 1.639, estabelece que os conjugues possuem a livre escolha no regime de bens, e, em conformidade, os artigos 1.642 e 1.643 do mesmo código, dão liberdade aos cônjuges para administrarem o próprio patrimônio.

Assim, a obrigatoriedade além de confrontar a Carta Magna, contraria o também o próprio Código Civil e o Estatuto do idoso, quando cria exceções discriminando a idade da pessoa idosa como motivo de limitação da autonomia em celebrar contrato, pois, conforme o, sistema jurídico brasileiro este determina que os nubentes são livres para escolher de que forma quer dispor o seu patrimônio, escolhendo o regime que lhes convém.

“Embora não sejam considerados incapazes, aqueles que alcançarem os 70 anos são desprovidos de sua autonomia nas tomadas de decisões afetas às questões de ordem negocial. Essas contrariedades revela a dissonância da norma com os demais institutos previstos no Código Civil.” (SILVA, 2021, p. 19)

1548

Dessa forma, levando em consideração que o conceito de casamento foi alterado com a evolução da sociedade, bem como direitos e obrigações elencados, a constituição da família é plural e se dá pela afetividade. Portanto a norma viola os princípios fundamentais por serem considerados indivíduos plenamente capazes, havendo com isso, incoerência, pois é lícito celebrar qualquer tipo de contrato e fazer negócios para os sujeitos em discussão.

Afirma-se que o legislador se limitou ao impor o regime obrigatório de separação de bens, considerando qualquer idoso a partir dessa idade como incapaz de escolher o seu próprio regime, desprezando os direitos constitucionais sob a presunção absoluta de total incapacidade no que se enuncia a idade, não ampliando os requisitos de incapacidade. Por isso, a faixa etária isolada não pode ser usada como parâmetro para subentender algum tipo de deficiência ou incapacidade, podendo acarretar em prejuízos patrimoniais à sociedade.

Nesse sentido, a obrigatoriedade é inconstitucional na medida em que o referido Código concede a pessoa humana independentemente da idade, a liberdade em dispor de seu patrimônio, como testar, vender e doar, visto que a capacidade civil se dá aos dezoito anos completos e cessa somente nos casos descritos em lei, não sendo a idade um impedimento:

É forçoso reconhecer que o princípio da autonomia da vontade deve reger o rito solene da celebração do casamento civil. Não se olvide a redação do artigo 1.514 do Código Civil de 2002 que estabelece que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Assim, entende-se que a função do juiz na celebração do casamento civil é apenas a homologação da vontade das partes/nubentes, o que também se aplica à escolha do regime de bens, cuja qual deve se motivar e depender, tão somente, da livre escolha dos nubentes, independentemente da idade em que se encontram. (GARCIA, 2018, S.P apud ÁVILA, 2021, online).

Logo, diante a realidade atual onde há a expansão do conceito de família, cultivando diversas espécies plurais de família, fundamentado nos laços de afeto e amor, proporcionando a proteção e exercício da dignidade da pessoa humana no âmbito familiar, os idosos precisam ter o seu direito de escolha respeitado, onde estarão expondo a sua vontade, viabilizando a forma como querem dividir o seu patrimônio, cumprindo sua função social dentro do casamento, ao qual, não deve haver interferência de entes privados ou públicos.

1549

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil que impôs a obrigação do regime de separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. Para isso foi feita uma abordagem sobre o direito de família e a aplicabilidade dos princípios constitucionais, ao qual demonstra que a família moderna é formada pelas relações de afetividade devido a evolução dos valores diante a mudança social, vedando qualquer espécie de discriminação, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade.

Diante disso, foi constatado que o artigo viola a Constituição federal de 1988, bem como o Código Civil de 2002 e o Estatuto do idoso ao limitar que qualquer contraente com setenta anos ou mais é plenamente incapaz para o exercício de todos os atos da vida civil e

para a livre disposição de seus bens. Assim não deve haver discriminação da idade como motivo de limitar a autonomia em celebrar contrato, pois, conforme o, sistema jurídico brasileiro determina, os nubentes são livres para escolher o regime que lhes convém.

Por isso, foi abordado que a idade senil não deve ser considerada como sinônimo de incapacidade visto que os idosos possuem plena capacidade negocial, o que torna a vedação prevista no artigo 1.641, inciso II do Código Civil ainda mais ilegítima diante os dispositivos mencionados.

Logo, conclui-se que a imposição obrigatória do regime de separação legal de bens por motivos de idade é incoerente e inconstitucional à luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, haja vista às questões atinentes à capacidade para a prática dos atos da vida civil que, uma vez que se inicia, não cessa, salvo se a pessoa for acometida de deficiência que retire sua aptidão e sua lucidez, não devendo a lei generalizar todos os idosos com idade superior a 70 anos como incapaz.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AVILA, Laís. **A resolução contratual e seus efeitos no período de pandemia do covid-19 em face ao direito brasileiro.** 2021. Disponível em <<https://laisavilazoo.jusbrasil.com.br/artigos/1208025687/a-resolucao-contratual-como-ultima-ratio-no-periodo-de-pandemia-do-covid-19>> Acesso em 21 de março de 2023.

1550

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Brasília. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/constituicao.hmt>> Acesso em 23 de setembro de 2022.

BRASIL. **Código Civil.** 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitoshumanos-garante-igualdade-social>>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

Brasil. Ministério da Saúde. **Estatuto do Idoso / Ministério da Saúde.** – 2. ed. rev. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/estatuto_idosozedicao.pdf> Acesso em 18 de novembro de 2022.

BRASIL, **Estatuto da pessoa com deficiência. Lei n. ° 13.146/2015.** Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/49550087/artigo-2-da-lei-n-13146-de-06-de-julho-de-2015>> Acesso em 21 de março de 2023.

BRASIL. **Estatuto do Idoso. 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 7^a ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito civil: famílias.** Volume 5: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655593655/>> Acesso em 25 de setembro de 2022.

LOZZO, Cláudia. **A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS.** 2014. Disponível em <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11571/Lozza_Cl%C3%A1udia.pdf?sequenc e=1> Acesso em 27 de fevereiro de 2022.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família.** Grupo GEN. Volume 4. 2021. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/> Acesso em 25 de setembro de 2022.

REIS, André Gomes de Noronha. **O Afeto Nas Relações Familiares.** 2008. Disponível em <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=16682@1>> Acesso em 27 de fevereiro de 2022.

1551

SILVA, Wilber Souza. **(In) constitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório para maiores de 70 anos.** 2021. Disponível em <<https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/%28IN%29%20CONSTITUCIONALIDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20DE%20BENS%20%20OBRIGAT%C3%93RIO%20PARA%20MAIORES%20DE%2070%20ANOS.pdf>> Acesso em 10 de novembro de 2022.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.** 2013. Disponível em <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/paula_souza.pdf> Acesso em 27 de fevereiro de 2022.

VICENTE, Edna Cosme. **A inconstitucionalidade da imposição do regime da separação de bens para maiores de 70 anos.** 2022. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58815/a-inconstitucionalidade-da-imposio-do-regime-da-separao-de-bens-para-maiores-de-70-anos>> Acesso em 25 de setembro de 2022.