

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MARIA DULCINÉA MENDES

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE
SEPARAÇÃO DE BENS AOS IDOSOS NO DIREITO BRASILEIRO**

OURO PRETO – MG

2019

MARIA DULCINÉA MENDES

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE
SEPARAÇÃO DE BENS AOS IDOSOS NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) como
requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Beatriz Schettini

Área de concentração: Direito Civil.

OURO PRETO – MG

2019



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Nome do autor: Maria Dulcinéa Mendes

Título do trabalho: Da (in)constitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos idosos no direito brasileiro.

Membros da banca

Nome - Beatriz Schettini Doutora UFOP
Nome - Roberto Henrique Pôrto Nogueira Doutor UFOP
Nome - Felipe Comarela Milanez Doutor UFOP

Versão final
Aprovado em 12 de Dezembro de 2019.

De acordo

Professora Orientadora: Beatriz Schettini



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Schettini, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 18/12/2019, às 16:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0029395** e o código CRC **C0038931**.

Referência: Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.204128/2019-56

SEI nº 0029395

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

**À minha família pelo apoio e a todos os professores que, de uma forma ou de outra,
colaboraram para a minha formação.**

Agradecimentos

Agradeço primeiramente ao Poder Superior que me fortalece.

Agradeço à minha família pelo apoio e confiança. Um agradecimento especial à minha irmã Marisa e às minhas sobrinhas Gisa, Júlia, Flávia e Clara pelos momentos de alegria.

Agradeço ainda aos advogados Dra. Edna Elande e Dr. Paulo Pedro Farah pelo imenso carinho e pela oportunidade de aprendizado no estágio acadêmico.

Agradeço aos amigos pelos momentos de descontração e, em especial, à Marisa Teixeira por ser tão insuportável, mas que ainda assim colaborou para esse trabalho acontecer.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha orientadora profa. Dra. Beatriz Schettini pela jornada de aprendizado.

*A coisa mais moderna que existe nessa vida é envelhecer
a barba vai descendo e os cabelos vão caindo pra cabeça aparecer
os filhos vão crescendo e o tempo vai dizendo que agora é pra valer
os outros vão morrendo e a gente aprendendo a esquecer
não quero morrer pois quero ver como será que deve ser envelhecer
eu quero é viver pra ver qual é e dizer venha pra o que vai acontecer
eu quero que o tapete voe
no meio da sala de estar
eu quero que a panela de pressão pressione
e que a pia comece a pingar
eu quero que a sirene soe
e me faça levantar do sofá
eu quero por Rita Pavone
no ringtone do meu celular
eu quero estar no meio do ciclone
pra poder aproveitar
e quando eu esquecer meu próprio nome
que me chamem de velho gagá
pois ser eternamente adolescente nada é mais demodé
com os ralos fios de cabelo sobre a testa que não pára de crescer
não sei porque essa gente vira a cara pro presente e esquece de aprender
que felizmente ou infelizmente sempre o tempo vai correr
não quero morrer pois quero ver como será que deve ser envelhecer
eu quero é viver pra ver qual é e dizer venha pra o que vai acontecer
eu quero que o tapete voe...*

(Envelhecer. Arnaldo Antunes)

RESUMO

O Código Civil Brasileiro de 2002 disciplina regras relativas a bens e a direitos patrimoniais aplicáveis aos cônjuges. Dentre essas normas estão as regras pertinentes ao regime de bens. Na legislação civil são quatro os regimes de bens: o regime de comunhão universal de bens, o regime de separação de bens, o regime de comunhão parcial de bens e o regime da participação final nos aquestos. A determinação de que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, não se aplica aos idosos. Lei anterior impunha o regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 60 anos. Atualmente, houve uma mudança legislativa e a imposição passou a atingir os maiores de 70 anos. Essa imposição legal que originalmente pretendia proteger os idosos, parece, antes, uma restrição à liberdade dessas pessoas e uma afronta ao princípio da igualdade. O presente estudo tem como objetivo a aferição da (in)constitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos idosos no direito brasileiro. Busca-se debater essa obrigatoriedade diante de uma conjuntura marcada pelos recentes avanços tecnológicos, pelo crescente envelhecimento populacional, e pela diversidade existente dentro do segmento populacional chamado idoso. A hipótese é que a obrigatoriedade de adoção de um regime patrimonial de bens em função do casamento de pessoas idosas é inconstitucional perante princípios e garantias fundamentais como a liberdade, a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Conceitos como família, autonomia privada, autodeterminação, incapacidade e vulnerabilidade serão priorizados na pesquisa, pois têm relevância para a compreensão do objeto desse estudo. A justificativa para essa investigação baseia-se na constatação de que a doutrina oscila acerca da constitucionalidade da norma questionada e na evidência de que, com o desenvolvimento tecnológico e científico, a população idosa passou a ter acesso a bens e serviços que tornam sua vida mais dinâmica e até longeva. Parte dessa população continua a ter capacidade plena para atos da vida civil, conseqüentemente, é necessário fazer uma avaliação crítica dos dispositivos infraconstitucionais que impõem restrições a esses sujeitos, para discutir sua adequação aos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Separação Obrigatória de Bens; Idoso; Inconstitucionalidade; Dignidade.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Code of 2002 regularizes rules concerning to property and property rights applicable to spouses. Among these standards there are relevant rules to the property regime. In civil law there are four property regimes: property universal communion regime, property separation regime, partial property regime and final participation in acquired material property. The determination that it is lawful to the engaged before the wedding, stipulate as to their property, as they please, does not apply to the elderly. Previous law imposed the mandatory separation of property regime for those over 60 years. Nowadays, there has been a legislative change and the imposition has now reached the age of 70. This legal imposition originally intended to protect the elderly, rather, it seems to be a restriction on their freedom and an affront to the principle of equality. This research has the goal: confer the (un) constitutionality of the imposition of the property separation regime to the elderly in Brazilian law. We search to debate the obligatory before the conjuncture marked by recent technological advances, the increasing population aging and by the diversity existing within the population segment called elderly. The hypothesis is that the obligation to adopt a property regime based on the marriage of the elderly is unconstitutional by the principles and fundamental guarantees such as freedom, equality and the principle of human dignity. Concepts such as family, autonomy, self-determination, disability and vulnerability will be prioritized in the research, as they have relevance for understanding the object of this study. The reason for this investigation is based on the fact that the doctrine oscillates about the constitutionality of the questioned norm and the evidence that, with technological and scientific development, the elderly population has access to goods and services that make their lives more dynamic and even long-lived. Part of this population continues to have full capacity for acts of civil life, consequently, it is necessary to critically evaluate the non-constitutional provisions that impose restrictions to these subjects to discuss their adequacy to the paradigms of the Democratic State of Direct.

Keywords: Property Compulsory Separation; Old man; Unconstitutionality; Dignity.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. PLURALIDADE DE FORMAS FAMILIARES | 15 |
| 2.1 Evolução Social e Legislativa da Família: Breve Histórico | 15 |
| 2.2 Família na Constituição Federal de 1988 | 17 |
| 2.3 Direito de Família no Código Civil de 2002 | 20 |
| 3 REGIME DE BENS | 24 |
| 3.1 Regime de Bens: Considerações Históricas | 24 |
| 3.2 Regime Cogente ou Obrigatório no Código Civil de 2002 | 27 |
| 3.3 Efeitos patrimoniais decorrentes da separação obrigatória de bens | 33 |
| 4. CATEGORIA SOCIAL IDOSO | 35 |
| 4.1 Capacidade civil do idoso | 36 |
| 4.2 O Estatuto do Idoso e redes de apoio social | 39 |
| 5. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS IDOSOS | 42 |
| 5.1 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana..... | 42 |
| 5.2 Princípios constitucionais da liberdade e da igualdade..... | 45 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 47 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 49 |

1. INTRODUÇÃO

O assunto central dessa investigação é o regime de bens obrigatório, tema que pertence ao direito de Família. O direito de família é um ramo do direito civil que, segundo Diniz (2014, p. 18), diz respeito às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco. Diz respeito também, de forma conexa, aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial (a exemplo da tutela e da curatela).

Para a autora supramencionada, o direito matrimonial abrange normas concernentes à validade do casamento, às relações pessoais entre os cônjuges, com a imposição de direitos recíprocos, bem como às suas relações econômicas, constituindo, segundo Diniz (2014 p. 18) um autêntico instituto, que é o regime de bens entre os cônjuges. Por conseguinte, o tema da inconstitucionalidade da imposição do regime de bens aos idosos, por ocasião do casamento, está no âmbito do direito de família, especificamente do direito matrimonial.

O ordenamento jurídico brasileiro não definiu em lei a natureza jurídica do casamento, por isso, há controvérsias na doutrina sobre esse tema. Pode-se afirmar que a união qualificada entre duas pessoas gera vínculos jurídicos. O texto civil e a ordem jurídica constitucional reconhecem que o casamento é civil. Parte da doutrina brasileira destaca a natureza formal e contratual do casamento.

Para Almeida e Rodrigues (2010, p. 108), a teoria mais adequada em relação à natureza jurídica do casamento é a que o considera um negócio jurídico *sui generis*, por se formar a partir do consenso dos nubentes tem efeito *ex voluntate* (decorrem da vontade dos contraentes) e efeitos *ex lege* (decorrem da própria lei). De acordo com esses autores, ainda que a declaração do agente público seja um ato necessário, não é esse ato que dá causa ao casamento, pois na falta de acordo de vontades não há casamento. Em função disso, defendem que o matrimônio pode ser entendido como um negócio jurídico bilateral. A conceituação de negócio jurídico é mais ampla do que a de contrato e abrange a manifestação da vontade das partes para criar, modificar ou extinguir direitos.

Não cabe nesse estudo, fazer um aprofundamento nas teorias acerca da natureza jurídica do casamento, porque esta é uma questão periférica. Porém vale trazer interessante análise do artigo “A natureza jurídica como metáfora: o curioso caso do casamento como contrato” em que o autor, contribui para a controvérsia em torno do assunto e a partir de uma análise inusitada, considera que “pode-se dizer que o casamento, casamento é. Sua categorização como contrato é uma tentativa vã de encaixá-lo num mundo jurídico de pré-moldados. O casamento não pode ser citado como contrato senão como metáfora”

(OLIVEIRA, 2014, p. 66).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002 não deixam margem a dúvidas sobre a natureza privada do casamento, que, em regra, é uma expressão livre da vontade dos contraentes, mas está preso a circunstâncias formais.

A família não depende do casamento para ser instituída, porém, com a realização do casamento ou com o reconhecimento da união estável, essa se formaliza. Para proteger e garantir a autonomia desse agrupamento familiar, o artigo 1.513¹, do Código Civil de 2002, apresenta de maneira explícita o princípio da não interveniência no contexto familiar. Importante é destacar que o dispositivo deixa claro que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Aos idosos não há impedimento legal para se casar, são livres para contrair matrimônio ou viver em união estável, conforme constata-se na análise do artigo 1.521², do Código Civil de 2002, que apresenta um rol taxativo de impedimentos ao casamento, do qual não se extrai o critério etário para idosos e que representa *numerus clausus*, não podendo ser ampliado, senão, em virtude de lei.

Quanto à capacidade para contrair matrimônio no Brasil, exige-se apenas idade mínima para casar. Para Almeida e Rodrigues (2010), a “ancianidade dos nubentes ou a diferença de idade entre eles são aspectos que não fazem parte da análise da capacidade para o casamento” (p. 122). Portanto, o idoso é livre para se casar com qualquer pessoa, seja ela idosa ou jovem, basta que tenha idade mínima legal para contrair matrimônio no Brasil.

A legislação impõe regras aos cônjuges e companheiros. O Código Civil Brasileiro de 2002 disciplina normas relativas a bens e a direitos patrimoniais, dentre essas, estão as pertinentes ao regime de bens por ocasião do casamento. São quatro os regimes de bens:

- O regime de comunhão universal, no qual em regra, todos os bens pertencem ao casal. De acordo com a legislação, importa na comunicação de todos os bens, presentes e futuros, ou seja, aqueles que já existiam à época do casamento e os que forem adquiridos durante o casamento, bem como as dívidas. Segundo Dias (2013, p. 57) a cada cônjuge

¹ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

² Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

corresponde a metade ideal de todo o patrimônio que constitui acervo único.

- O regime de comunhão parcial de bens, no qual, em regra, a lei prevê que somente os bens adquiridos onerosamente, após o casamento, sejam de propriedade legal de ambos os cônjuges. Não importando qual dos cônjuges adquiriu ou forneceu mais dinheiro para a aquisição de tais bens. A lei presume que o esforço e colaboração sejam mútuos. Os bens particulares não comunicam.

O regime de comunhão parcial é o regime subsidiário, ou seja, na falta de pactuação ou de obrigatoriedade legal sobre os bens, esse é o regime legalmente adotado. Por isso, é também conhecido como regime legal. Até a entrada em vigor da lei do divórcio, de 26 de dezembro de 1977, o regime supletivo era o da comunhão universal de bens. A partir desse diploma, o regime subsidiário passou a ser o da comunhão parcial de bens, opção legislativa mantida no Código Civil de 2002. Se os cônjuges não optarem por outro regime, esse será adotado obrigatoriamente.

- O regime da comunhão final dos aquestos, no qual a lei prevê que o patrimônio que cada cônjuge possui é próprio, mas, à época da dissolução da sociedade conjugal, os bens adquiridos de forma onerosa durante a constância do casamento serão divididos. De acordo com Dias (2013, p. 57), não se trata de dividir os bens que cada um adquiriu, mas de fazer uma compensação se for desigual o patrimônio amealhado. Haverá uma compensação de valores.

- O regime de separação de bens, possui duas espécies que são:

1- Regime de separação convencional, que se baseia na possibilidade de o casal optar pelo regime de separação de bens antes do casamento. Isso ocorre mediante a realização de um pacto antenupcial. O pacto deverá ser feito em cartório, onde os nubentes devem estabelecer que os bens são incomunicáveis, além de outras tratativas consideradas importantes para o casal com referência aos seus respectivos bens e suas aquisições futuras. O pacto antenupcial é negócio jurídico solene, feito por escritura pública, condicionado ao casamento. Diz o art. 1653 do Código Civil de 2002: “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. O pacto antenupcial tem fundamento no princípio da autonomia privada, consiste na liberdade de escolher como serão as relações econômicas entre o casal.

2- O regime de separação obrigatória, também chamado de regime legal (para diferenciá-lo do convencional) ou regime cogente, é objeto da análise deste trabalho, pois é o regime determinado aos idosos maiores de 70 anos no direito brasileiro.

Após apresentar as diferenciações entre os regimes de bens, os capítulos deste trabalho buscam analisar o regime de separação obrigatória.

O art. 1639, do Código Civil de 2002, determina que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Este dispositivo se refere ao pacto antenupcial. Segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 239), podem os nubentes eleger livremente o regime de bens que julgarem mais adequado, porém, para o exercício desse direito, impõe-se a celebração de um negócio jurídico formal, nomeado pacto antenupcial.

Os idosos sujeitos à imposição do regime obrigatório de bens, obviamente, não podem gozar das liberdades oferecidas pelo art. 1639 do Código Civil e escolher o regime que melhor lhes convier. Estes sujeitos estão impedidos de fazer o pacto antenupcial. Esse impedimento é muito relevante porque conforme o regime de bens adotado, haverá implicações tanto no direito das famílias (por ocasião do divórcio) quanto no direito das sucessões (por ocasião de morte de um dos cônjuges ou companheiro). De modo que, durante e após o fim do casamento, o regime de bens trará consequências patrimoniais para os cônjuges, familiares ou para terceiros.

A maioria da doutrina aponta não ser necessária a intervenção do direito na escolha do regime de bens das pessoas idosas e que essa intervenção é inconstitucional porque retira a autonomia dessas pessoas. A inconstitucionalidade fica evidente quando a lei infraconstitucional entra em conflito com uma norma ou princípio constitucional, em específico o art. 5º da Constituição Federal Brasileira. Segundo Marmelstein (2009, p. 94) o artigo 5º contém uma proteção implícita à **autonomia da vontade** (grifo do autor) que é entendida como a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. A proteção da autonomia da vontade tem como objetivo conferir ao indivíduo o direito de autodeterminação. Autodeterminação, para o autor, é o direito que o indivíduo tem, de escolher seus próprios desígnios, “determinar autonomamente seu próprio destino, fazendo escolhas que digam respeito a sua vida e ao seu desenvolvimento humano, como a decisão de casar-se ou não, de ter filhos ou não, de definir sua orientação sexual etc.” (MARMELSTEIN, 2009, p. 95).

Ainda nesse sentido, para o autor supracitado, a liberdade protegida constitucionalmente, é que permite aos indivíduos fazerem escolhas que dizem respeito, as suas opções íntimas e pessoais, sendo vedado ao Estado, interferir nas escolhas, quando tomadas consensualmente por pessoas adultas.

Explicando a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, em seu artigo “Os limites à liberdade na autonomia privada” as autoras Da Silva Maillart e Sanches (2012, p. 29-30) afirmam que a autonomia privada é uma forma de expressão da liberdade.

Afirmam também, se referindo especificamente às partes em um contrato, que a autonomia deixa de ser uma manifestação de vontade ampla e ilimitada (autonomia da vontade) para ser considerada uma liberdade de auto regulação de interesses nas relações privadas como fato social. Ainda segundo as autoras, foi com o intuito de se demonstrar essa mudança, que se adotou a expressão autonomia privada, para determinar essa nova fase da autonomia das partes em contraposição à autonomia da vontade, designada como a face ampla e ilimitada da autonomia de antes do início do século XX.

Não é possível, extrair um mandamento ético jurídico de respeito à autonomia privada, a partir de uma interpretação literal da Constituição de 1988. Porém, é inquestionável que diversos direitos vão buscar inspiração nessa ideia. Marmelstein (2009, p. 97) destaca que o Estado deve tratar as pessoas sob seu domínio como agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhes dizem respeito. Essa é a formulação que fornece o fundamento para a proteção da autonomia privada.

Necessário se faz esclarecer que Marmelstein (2009) parece utilizar os termos autonomia da vontade e autonomia privada como sinônimos. Como já foi dito, há na doutrina, autores que diferenciam esses termos. Mascarenhas (2009, p. 25 / 26) afirma, que a doutrina continua a utilizar ambas as expressões, mas hoje, o que importa é que a autonomia dos particulares não é irrestrita, possuindo limites. O conceito da autonomia da vontade, entendida como poder de auto regulação dos indivíduos, com base na vontade ampla e irrestrita evolui para o conceito de autonomia privada. Segundo a autora, a autonomia privada passa a ser entendida como o poder de auto-regulamentação dos indivíduos nas relações negociais, dentro dos limites estabelecidos no ordenamento jurídico.

De acordo com Marmelstein (2009, p.374), a restrição de direitos só será legítima se for atendido o princípio da proporcionalidade. A norma infraconstitucional pode ser utilizada para restringir ou limitar o conteúdo do direito, principalmente quando há reserva legal. Mesmo quando não há previsão constitucional, tem-se admitido que os direitos fundamentais possam ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional, estes últimos precisariam de justificativa muito mais forte para ser restringidos.

As pessoas maiores de 70 anos estão mais sensíveis e sujeitas a vulnerabilidades e até bem pouco tempo não havia políticas públicas efetivas voltadas para a proteção do idoso no país. Contudo, já houve avanços legislativos referentes à proteção dos idosos, mesmo que esses avanços sejam questionáveis como será discutido ao longo dos capítulos.

O Estatuto do Idoso, instituído pela Lei 10.741, em outubro de 2003, busca

resguardar as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, em face de provável risco social. Porém, a falta de amparo social que vitima os idosos não está ligada obrigatoriamente, em certos aspectos, à sua incapacidade civil. Há pessoas que mesmo sendo capazes e tendo plena autonomia para gerir suas próprias vidas, diante da falta de políticas estratégicas governamentais que garantam os seus direitos, se tornam vulneráveis, por exemplo, os jovens desempregados, ou profissionais empreendedores não conseguem competir com grandes conglomerados empresariais.

A população idosa tem se tornado cada vez mais heterogênea. Há uma parcela dessa população que necessita de ampla rede de proteção por parte do Estado, porém, parece injustificável e inconstitucional retirar de idosos plenamente capazes e ativos, sua autonomia para escolher sob qual regime de bens será regido seu casamento, corre-se o risco, mesmo sob o pretexto de protegê-los, com a aplicação dessa norma desautorizadora, de afetar negativamente a autoestima desses sujeitos de maneira indistinta e generalizada.

A justificativa para este trabalho é a necessidade de se contribuir para o debate acerca dos direitos do idoso na sociedade brasileira. O número de publicações sobre a população idosa ainda é restrito apesar do aumento significativo dessa parcela da população em quase todos os países.

A Constituição Federal de 1988 trouxe princípios que convergem para a igualdade, liberdade e para a dignidade da pessoa humana, principalmente no que concerne aos direitos patrimoniais. No entanto, a imposição do regime de bens por ocasião do casamento aos idosos, parece ir de encontro a esses princípios. Diante desse cenário, faz-se necessário debruçar sobre o tema da (in)constitucionalidade da imposição do regime de bens aos idosos no direito brasileiro para verificar se a legislação infraconstitucional tem tratado de proteger o idoso ou de modo diverso, está discriminando-o.

De um lado, o Estado impondo normas que afetam a vida privada do idoso, de outro, o controle de constitucionalidade que representa um meio para garantia de direitos fundamentais e também para fomentar todo esse questionamento nos tribunais e no meio acadêmico.

Para atingir o objetivo, que é avaliar a constitucionalidade da imposição do regime de bens aos idosos no direito brasileiro, o primeiro capítulo traz um breve histórico sobre as mudanças ocorridas ao longo da história que vai culminar nos arranjos familiares contemporâneos. Discute a centralidade assumida, com a Constituição de 1988, dos princípios da liberdade e da dignidade humana. Destaca a pluralidade das formas familiares e evidencia que, quando se fala de casamento de idosos de maneira genérica, pretende-se também pensar

as uniões estáveis, sejam heteroafetivas ou homoafetivas como opções concretas para essa faixa etária.

O segundo capítulo trata do regime de bens e da síntese histórica da formulação do critério etário para imposição do regime obrigatório de bens. Aborda as mudanças legislativas nos dispositivos que tratam do regime obrigatório, assim como indica alguns de seus efeitos patrimoniais.

O terceiro capítulo trata do conceito *idoso* como categoria social e levanta questões sobre a capacidade dos sujeitos considerados idosos, também problematiza o Estatuto do Idoso como mantenedor de uma visão fragilizada e homogênea desse segmento etário e reforça a importância das redes sociais de apoio.

O quarto capítulo aborda a inconstitucionalidade da imposição do regime obrigatório de bens ao idoso frente aos princípios constitucionais, através da perspectiva de diversos autores que escreveram sobre o tema. Nesse capítulo busca-se fazer uma síntese sobre os princípios específicos de interpretação da Constituição, os quais são fundamentais para propiciar ao interprete do direito um direcionamento na realização de seu trabalho com a finalidade de buscar de respostas justas para os conflitos que existem na realidade concreta.

Neste trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo e também o método interpretativo, privilegiando um processo dinâmico de compreensão do problema estudado. A técnica de pesquisa adotada foi a normativa, que proporciona um contato mediato com a realidade estudada. As fontes de levantamento de dados e de informações para efeitos científicos foram a legislação, a doutrina, a jurisprudência, os princípios, a analogia e a literatura acadêmica.

No desenvolvimento desta monografia, cujo objeto pertence à área das ciências humanas, especificamente do direito das famílias, mas que provoca reflexos também no direito das sucessões, pretendeu-se ajustar a pesquisa por um viés metodológico mais amplo, buscando informações e conteúdos em outras áreas do conhecimento, para além da ciência jurídica, como textos acadêmicos das áreas sociologia, medicina e economia.

2. PLURALIDADE DE FORMAS FAMILIARES

Ao longo do tempo histórico, o conceito *família* passou por mudanças nas suas concepções básicas. O direito de família é um ramo do direito civil que diz respeito às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco. Portanto, o tema da inconstitucionalidade da imposição do regime de bens aos idosos por ocasião do casamento ou da união estável está no âmbito do direito de família. Desse modo, é necessário buscar compreender as mudanças históricas ocorridas na concepção de família porque esse é o *locus* no qual o objeto da pesquisa está inserido.

2.1 Evolução Social e Legislativa da Família: Breve Histórico

É consenso que a família é a base fundamental da sociedade. Segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 1), a família é uma das formações mais antigas, é a célula da sociedade. Essa formação social persistiu mesmo com o avançar do tempo histórico. Nas diferentes épocas, foi se amoldando porque acompanhou as mudanças da sociedade da qual também foi e ainda é agente transformador. Por outro lado, por ser um fenômeno histórico, é de difícil conceituação e precede ao direito.

Em *Direito Civil: Famílias*, Almeida e Rodrigues (2010, p. 3) traçam um panorama histórico que se inicia a partir da família romana. Segundo esses autores, o código civil brasileiro teve influência do direito Romano e para compreender a codificação pátria deve-se conhecer o direito que a influenciou.

Se referindo à família romana, os autores supracitados afirmam que a religiosidade circunscreveu a família antiga. Essa é descrita como uma comunidade de culto aos mortos, onde adorar os antepassados era a forma de lhes conceder valor e mesmo felicidade. O culto prestado aos mortos a partir de seu falecimento era mais importante que suas ações em vida. Em cada grupo havia antepassados a serem reverenciados que representavam uma religião doméstica. Para manutenção desta interligação de pessoas, desse culto aos mortos que era feito através do fogo doméstico, era necessário a existência de gerações posteriores, sequência que devia ser garantida pelo casamento.

Nesse contexto, de acordo com Silva (2006, p. 18) a propriedade era concebida como um direito de família indivisível. Em cada família só podia haver um proprietário e sendo o pai o único com aptidão para desfrutar dela, a mulher e os filhos nada possuíam de próprio. O dote da mulher pertencia ao marido, a quem o antigo direito grego e romano conferia o título

de administrador e proprietário desse dote.

Em resumo, como consequências principais dessa forma de organização social, Almeida e Rodrigues (2010, p. 4 e 5) citam o afastamento da mulher da sua religião doméstica, perda do vínculo familiar materno e paterno pela mulher, casamento com caráter indissolúvel, casamento entre um homem e uma mulher com o fim reprodutivo, tendo a mulher primordialmente a função reprodutora; e, como consequências reflexas, condenação do celibato, anulação do casamento em virtude da esterilidade da mulher, e ilegitimidade dos filhos nascidos fora do casamento, entre outras consequências sociais.

No contexto do direito Romano da antiguidade, a autoridade familiar fundava-se no homem e o parentesco, segundo os autores supracitados, tinha natureza exclusivamente masculina, ou seja, aos homens transmitiam-se a família e o culto, não podendo ser transmitido às mulheres porque elas não permaneciam na entidade familiar originária.

Para garantir a manutenção dos cultos, era indispensável um recinto sagrado, daí segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 6), a necessidade da propriedade privada para que, dentre outros motivos, não se fundissem as religiões. Por isso, a propriedade privada nessa organização social era o instituto responsável por delimitar o espaço de cada uma das religiões domésticas que circunscreviam toda formação social.

Nessas épocas longínquas, ainda se respeitava o direito de propriedade porque tinha por fundamento uma crença religiosa. Segundo Coulanges,

Enquanto cada patrimônio estava ligado a um culto, e era considerado inseparável dos deuses domésticos de uma família, ninguém pensou que se tivesse o direito de privar um homem de seu campo. Mas na época em que as revoluções nos conduziram, essas velhas crenças foram abandonadas, e a religião da propriedade desapareceu. A riqueza não é mais um terreno sagrado e inviolável (COULANGES, 1961, p. 305).

Foram necessários alguns séculos para que as novas ideias transformassem efetivamente antigos sistemas. Já nos séculos XVII e XVIII, a partir das mudanças ocorridas na Europa impulsionadas pelos ideais iluministas, pela Revolução Francesa, pela difusão do humanismo, com a ascensão da burguesia calcada na ideia de liberdade econômica, todos esses fatores fizeram com que, segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 7), o papel ocupado pela religião doméstica tenha sido preenchido pelo patrimonialismo. Apesar de a influência religiosa ter permanecido, a família codicista - esboçada no Código Civil Francês que influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916 - em geral permaneceu sendo aquela oriunda do matrimônio, ou seja, família oriunda do casamento celebrado segundo os princípios da lei civil.

As afirmações acima são corroboradas por Farias e Rosenvald (2010, p. 4),

afirmando que, sob a égide do código civil de 1916, a estrutura do direito de famílias era exclusivamente matrimonializada, cujo modelo decorrente das influências da Revolução Francesa, era patriarcal, hierarquizado, e compreendia-se a família como unidade de produção, quando eram realçados os laços patrimoniais.

No Código Civil Brasileiro de 1916 direcionou-se a proteção somente à família literalmente oriunda do casamento. De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 8), a reprodução também se manteve como objetivo propulsor da família, mas agora não visando o culto aos antepassados, mas a constituição, ou obtenção de propriedade. Nesse novo arranjo, filhos são vistos como importante força de trabalho, e manutenção do patrimônio da família, a mulher ainda é resumida à função reprodutiva e o marido, chefe da família, mantenedor da aquisição patrimonial, autoridade familiar, subjugando os demais atores.

A mulher ainda considerada relativamente incapaz, antes do casamento se sujeitava ao pai, após o casamento, segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 9), carecia de autorização do marido para o exercício de certos atos da vida civil. Além disso, à mulher e ao filho, só era reconhecida alguma importância, enquanto instrumentos necessários aos fins da entidade familiar. A mulher servia à reprodução e os filhos serviam à manutenção do patrimônio, atuando como mão de obra. Os papéis previamente definidos justificavam a impossibilidade de extinção do casamento e a impossibilidade de reconhecimento de filhos ilegítimos e garantiam o objetivo de não fracionamento patrimonial.

Em resumo, sob as normas do código civil de 1916, reconhecia-se uma família matrimonial, hierarquizada e patrimonial, ainda que, segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 12), na realidade fática, essa família não estampasse a conjuntura social existente. Para Farias e Rosenthal (2010, p. 23) acrescenta-se aos três atributos citados acima, os seguintes: família heteroparental, biológica e de caráter institucional.

Nesse arranjo familiar reconhecido pelo código havia papéis definidos para seus componentes e não havia espaço para igualdade entre os sujeitos, conseqüentemente foi delegado aos filhos e à mulher um papel secundário. Porém, como será abordado no próximo subtítulo, havia famílias que não se destacavam e não se submetiam aos parâmetros codicistas.

2.2 Família na Constituição Federal de 1988

Como vimos na seção anterior, as normas codicistas – aquelas contidas no Código Civil Brasileiro de 1916 – que vigoraram durante todo o século XX, não estampavam a conjuntura social existente. De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 12), o modelo de

família imposto era o matrimonial, mas havia outros modelos coexistindo na realidade. Inclusive, desde os séculos XVIII e XIX, havia famílias chefiadas por mulheres, em função da partida do homem por algum motivo, em função da viuvez, ou por haverem mulheres que experimentaram a maternidade solteiras.

Existia a família que a doutrina passou a chamar de família de fato, representada pelos arranjos não matrimoniais, ou resultantes do término das relações, que iam de encontro à idealidade da lei. Os mais pobres, muitas vezes, não tinham condições de arcar com os custos dos casamentos religiosos legítimos. Assim, o casamento era mais raro entre as classes mais baixas, o que não impediu de formarem-se famílias nesse extrato social. Segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 15), as uniões livres eram a mais habitual formação da qual se valiam, e o faziam conforme o costume de casado e com todas as restrições impostas a este tipo de arranjo. Os autores acima citados, afirmam que em vez de a realidade social se refletir na jurídica, foi a realidade jurídica que se impôs à social. Em resumo, existia discrepância entre os acontecimentos da vida real e os disciplinados pelo direito positivado.

A partir dos anos 1930, começa a ocorrer novas transformações. O Brasil, influenciado por questões externas, como a crise de 1929, passa por uma mudança política investindo na industrialização. As políticas implementadas afetam a estrutura eminentemente agrária patriarcal e trazem ao cenário social novos atores. Surge uma nova classe operária, que tem no trabalho individual a melhor forma de adquirir propriedade. Conforme afirmam Almeida e Rodrigues (2010, p. 18), o casamento passa a não ser mais a forma de adquirir patrimônio.

Nesse sentido, começa a flexibilização das legislações atinentes à família. Segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 19), em 1949 a lei permite que se estabeleça a paternidade de filhos ilegítimos. A mulher que lentamente começa a integrar a força de trabalho, conquista em 1962 o Estatuto da Mulher Casada, que veio admitir que a mulher casada pudesse exercer atividade profissional, aceitar herança ou legado, tutela ou curatela, dispensando a autorização marital. Além disso, ainda de acordo com os autores supracitados, admitiu-se que pudesse colaborar com o esposo no exercício do pátrio poder. A mulher, auferindo certa independência econômica, passou mesmo a prescindir do matrimônio enquanto recurso à sua subsistência.

Com a lei do divórcio, n. 6.515/77, ainda que de caráter prático altamente restritivo, rechaçou-se a interferência religiosa na seara familiar. De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 19) a lei representou uma inicial desobstrução da rigidez normativa em termos familiares. Contrariando o que os críticos da lei previam, a família não deixou de existir, pela simples admissão de poder finalizar-se. Para Gonçalves (2011, p. 92), o divórcio ao ser introduzido no Brasil em 1977, suprimiu o princípio da indissolubilidade do vínculo

matrimonial e também estabeleceu parâmetros da dissolução que ocorre pela sentença transitada em julgado.

Decorre que a admissão do divórcio, conforme Almeida e Rodrigues (2010, p. 19), não se teria verificado caso a família oficial, legítima, conseguisse promover o verdadeiro bem-estar. Era preciso, segundo os autores supracitados, diante da inadequação do direito em face da realidade social, realinhar a estrutura jurídica como um todo, alterando a própria acepção do termo família.

Com a democratização ocorrida a partir da década de 1980, o país passou por outras mudanças políticas. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226³, par. 8º, afirma que a assistência à família é assegurada na pessoa de cada um de seus integrantes. Esse artigo deve ser entendido em conjunto com o artigo 1º, III⁴, que traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Sob a égide da Constituição de 1988, a definição de renova-se e passa-se a destacar que “Família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem.” (LÔBO, 2002, p. 42 *apud* ALMEIDA e RODRIGUES, 2010, p. 22).

A proximidade do século XXI trouxe as transformações que mudaram a concepção do que é a família. Para Farias e Rosenvald (2010, p. 21) a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

Voltados para a compreensão da evolução familiar, Almeida e Rodrigues (2010, p. 23) citam Carbonera (1999, p. 493) que afirma: “se a formação de famílias se dava à margem da esfera jurídica, a preocupação com o sentimento sobrepunha-se àquela relativa à conformidade com a lei”. Diante disso, infere-se que a família passa a envolver comunhão de afeto.

Em breve síntese, pode-se afirmar que hodiernamente, de acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 23) reuniões pessoais que se sustentem no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades e são, portanto,

³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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.

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

família. Os autores reconhecem que se tratando de casamento, essas características podem não estar presentes, sem que isso prejudique a existência jurídica da família. Ou seja, o casamento é um ato formal, de existência jurídica projetada para o futuro, pode englobar situações como casais que se detestam ou mesmo que não se conhecem, é o caso, por exemplo, do casamento por procuração.

O breve relato histórico apresentado sobre a família teve como objetivo demonstrar que *família* é um conceito complexo, por isso, fez-se necessária uma síntese das mudanças históricas sobre esse tema. No presente trabalho, adota-se a opção ideológica inclusiva e aberta em acordo com a Carta Constitucional de 1988. Prima-se pelo entendimento, conforme os autores citados, de que há dissociação entre família e casamento, e de que casamento, conforme afirmam Almeida e Rodrigues (2010, p. 24) não é mais a única forma de constituir família. Existe uma pluralidade de formas familiares.

Nesse sentido, Almeida e Rodrigues (2010, p. 72 a 86) fazem uma análise distintiva sobre exemplos de entidade familiar, constatando que a família é um gênero, cujas espécies são: família matrimonial pelo casamento, família resultante da união estável, a família monoparental, a família recomposta, a família homoafetiva, a família simultânea e a família anaparental.

Não se pretende, contudo, adentrar em discussão exaustiva sobre a pluralidade de formas familiares, mas apenas reconhecer que elas existem e apesar de serem de extrema importância, não são o objeto central do presente estudo. De acordo com Souza e Waquim (2014, p. 79), a superação do modelo familiar único, constituído pelo casamento, veio corrigir uma desigualdade social quanto à parcela da comunidade que não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da solenidade, ou que apenas deseja a liberdade de escolher a forma de conduzir seus interesses privados, inclusive na opção de como constituir uma família. Esse é o entendimento esposado na presente monografia e que pode ser estendido aos idosos brasileiros.

2.3 Direito de Família no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, em muitos aspectos não acompanhou a evolução do conceito família discutido no capítulo anterior. De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 24), o projeto do Código Civil de 2002 é de 1975, época em que ainda era tímida a superação de valores representados pelo código civil de 1916. Para esses autores, como resultado, o Código Civil de 2002, mescla o superado com o contemporâneo.

A Constituição de 1988 pretendeu ser mais contemporânea e alguns artigos do Código Civil de 2002 têm inspiração constitucional. Como exemplo de avanços que acompanham as diretrizes constitucionais cita-se o art. 1565⁵ do CC que enuncia que marido e mulher, assumem mutuamente a qualidade de responsáveis por encargos familiares, e o art. 1631⁶ do CC que reitera que o poder familiar compete aos pais, em conjunto. O código de 2002 também reafirmou a igualdade constitucional entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento.

Como exemplo daquilo que o Código Civil de 2002 traz de superado, pode-se citar, segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 25), que o diploma parece ter ignorado a concepção regente sobre a primazia dos familiares e a funcionalidade do casamento. Ou seja, o entendimento de que a família tem como função a realização plena de todos os seus integrantes como pessoa humana. Como já foi explicitado, essa afirmação refere-se à concepção de que a família existe, não com o objetivo de perpetuar a existência da instituição família, mas com o objetivo de realização existencial dos sujeitos que a compõem. Segundo os autores supracitados, a família contemporânea é uma família eudemonista, ou seja, voltada para a busca de felicidade.

Outra postura anacrônica do código, diante da realidade fática já delineada sobre a pluralidade de famílias, fica evidente quando se constata que o Código Civil de 2002 tratou da questão da união estável em artigos esparsos e erroneamente equiparando-a ao casamento, adere-se a Almeida e Rodrigues (2010, p. 26) quando afirmam que há de reconhecer-se uma deficiência do Código Civil de 2002, pelo desfavorável tratamento dispensado à união estável, na tentativa de tratá-la na disciplina casamento. A própria Constituição, no art. 226⁷, preceitua que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento, e não apenas equipará-la.

Em síntese, pode-se afirmar que união estável é a união, sob o mesmo teto (ou não), entre duas pessoas, sem vínculos matrimoniais entre si, união esta, revestida de publicidade, continuidade e durabilidade, com o objetivo de constituição de família. Partindo desse princípio, basta destacar que a união estável é uma forma de família que foi reconhecida pelo

⁵ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

⁶ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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.

ordenamento jurídico.

A discussão sobre a necessidade de igualdade de direitos para todas as formas de famílias, apesar de instigante e merecedora de aprofundamento, não poderá ser ampliada neste trabalho porque foge ao objetivo proposto, tendo em vista não ser possível abarcar toda a problemática advinda das ramificações do assunto pesquisado.

Entende-se que juridicamente deve-se tratar todas as formas de famílias com respeito e igualdade de direitos. Doravante nesta pesquisa, o foco será famílias constituídas por casamento (cônjuges) ou por união estável (companheiros), às quais o direito dota de vínculo conjugal ou de vínculo de companheirismo.

Entendido casamento como ato que comporta algumas características, conforme Almeida e Rodrigues (2010, p. 110-115): liberdade de escolha dos nubentes, ato personalíssimo, solenidade, união permanente, união exclusiva, dissociabilidade, regido por normas de ordem pública, capacidade, e diversidade de sexos (ressalva-se que a partir de 2013 não mais se exige diversidade de sexos).

Sobre a diversidade de sexos e o casamento, é necessário ressaltar que o Superior Tribunal Federal (STF), em 2011, no julgamento da ADPF 132, equiparou a união homoafetiva às uniões estáveis, visando dar prevalência aos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros contidos na Carta Magna.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça editou a resolução n. 175 aprovando casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, permitindo que cartórios de todo o Brasil possam celebrar casamentos civis de casais do mesmo sexo ou possam converter em casamento a união estável homoafetiva. Em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal (STF), verificou-se que, em 2017, o Supremo concluiu julgamento em que discutiu a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas. A tese firmada foi: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1.829⁸ do Código Civil.”.

Por fim, faz-se necessário destacar que, ao tratar neste trabalho de união estável e de casamento, deve-se levar em conta a inclusão todas as possibilidades de famílias acima referidas, principalmente, das famílias heteroafetivas e das famílias homoafetivas porque se

⁸ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

entende que ao idoso é dado optar pela forma familiar que melhor lhe aprouver.

3. REGIME DE BENS

O regime de bens, grosso modo, é o conjunto de regras que definirá se os bens do casal serão comuns, no sentido de adjuntos, ou se serão privados, no sentido de individuais. Se após o casamento os bens passarem a pertencer a ambos os cônjuges, diz-se que os bens se comunicam. Se os bens não se comunicam, existe uma separação e esses continuam particulares, tanto os presentes quanto os futuros.

O Código Civil Brasileiro de 2002 é que disciplina as regras relativas a bens e a direitos patrimoniais aplicáveis aos cônjuges. Dentre essas normas, estão as pertinentes ao regime de bens por ocasião do casamento. Um regime de bens causa implicações nos direitos dos cônjuges e companheiros, por ocasião do divórcio, e no direito das sucessões por ocasião da morte de um dos cônjuges ou companheiros ou de ambos. Em síntese, durante e após o fim do casamento, o regime de bens adotado trará consequências patrimoniais importantes inclusive em relação a terceiros.

3.1 Regime de Bens: Considerações Históricas

A intervenção na condução das relações econômicas e patrimoniais do casal através da instituição de um regime de bens é muito antiga. De acordo Silva (2006, p. 203) a vinculação do regime de bens ao matrimônio perpassa muitos séculos. Desde o direito romano, já havia essa vinculação se o casamento fosse realizado *cum manu* (com poder do marido sobre a mulher), passando os bens da mulher – o dote – a ser propriedade do marido. O regime dotal era o regime patrimonial entre os cônjuges no direito romano e sobre esse regime havia várias normas como exemplo cita-se:

Para evitar, porém, que, com a dissolução do casamento, o marido se assenhoreasse dos bens dotais, o constituinte costumava exigir-lhe garantias para a devolução do dote, como oferecimento de cauções e outras estipulações. Tais garantias se destinavam a assegurar a devolução do dote. Mais tarde, o pretor dispensou a apresentação de garantias, porém tornou obrigatória a devolução do dote.

Desfeito o casamento, a restituição dos bens, em se tratando de dote *dos recepticia*, se fazia àquele que o constituiu. Se o marido morresse, os bens dotais ficavam com a mulher; contudo, se fosse ela que morresse, seus herdeiros teriam direito a exigir tais bens, mediante a *actio ex stipatu*, caso houvesse a respectiva *stipulatio*. Se não houvesse a estipulação, podia-se intentar a *actio rei uxoriae*, que conduzia a um julgamento equitativo: o marido retinha a *dos adventicia* (dote constituído pela mulher ou por parentes dela) até que fossem pagas as benfeitorias realizadas nos bens dotais. Se o

casamento se desfizesse por divórcio, havendo culpa da mulher, o marido lançava mão de uma *retentio* (SILVA, 2006, p. 206).

O autor do projeto do Código Civil Brasileiro de 1901 foi Clóvis Beviláqua, porém o Código só foi promulgado mais tarde, em 1916, e vigorou até o advento do Código Civil de 2002. Se referindo ao regime dotal no início do século XX, Beviláqua ([19-]) em seu livro *Direito da Família*, afirma que:

O regime dotal era subsidiário no regime jurídico do direito comum, sempre que a comunhão de bens ou a administração fosse excluída por pacto antenupcial, sem substituição de outro regime. Hoje, porém, as idéias germanicas suplantaram as romanas neste particular, e o dote foi de tal modo excluído do Direito atual, que o código Civil não somente não o regula como a êle se não refere (BEVILÁQUA, [19-], p. 225).

O que se infere da leitura do livro *Direito de Família*, de Clóvis Beviláqua, é que além do regime de comunhão de bens parcial e universal; do regime de separação de bens; do regime misto, em que se combinam os princípios da comunhão e da separação, havia o regime dotal, definido por Beviláqua (p.216) como um regime em que os patrimônios de ambos os cônjuges se achavam distintos, sob a propriedade exclusiva de cada um, recaindo o ônus da sustentação da família sobre os bens do marido e sobre os rendimentos do dote, cuja administração era direito especial do marido. E acrescenta: “dote é a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela transfere ao marido para, dos rendimentos deles, tirar subsídio à sustentação dos encargos matrimoniais, sob a condição de restituí-lo depois de dissolvida a sociedade conjugal” (BEVILÁQUA, [19-], p.216).

Como se pode deduzir da leitura dos parágrafos anteriores o regime dotal vigorou no Brasil, mas, ainda no início do século XX foi excluído do direito brasileiro. Segundo Beviláqua ([19-], p. 225), isso ocorreu devido à suplantação das ideias germânicas. Essa foi uma das significativas mudanças históricas relacionadas aos regimes de bens.

Interessa para esse estudo em particular, perquirir sobre o regime de separação de bens na obra de Beviláqua que escreve no início do século XX, sobre as disposições do código de 1916. Para esse autor, o regime de separação pura é aquele em que os patrimônios dos cônjuges afetam uma forma existencial distinta, conservando-se em segregação completa, independente, sob a propriedade, posse e administração de cada um. Ou seja, nesse regime os bens não se comunicam.

Segundo Beviláqua ([19-], p.210), no Código Civil de 1916, o regime de separação apresenta-se sob três feições: separação pura, separação com cláusula de dotalização e separação limitada. A separação pura, ou resulta de contrato entre os cônjuges ou resulta de

imposição de lei. A separação por imposição da lei, ou seja, obrigatória, tem os seguintes fundamentos:

- 1) do casamento celebrado com infração do preceituado no art., 183 Código Civil de 1916, n.ºs. XI a XVI;
- 2) do maior de sessenta anos e da maior de cinquenta;
- 3) do órfão de pai e de mãe ou menos cujos pais tenham perdido o pátrio poder, ou tenham sofrido suspensão dele nos termos dos art. 394 e art. 395;
- 4) de todos os que para casar, dependem de autorização judiciária.

Sobre a separação dita pura, que resulta de contrato entre os cônjuges – hoje chamada de separação convencional – Beviláqua ([19-], p. 211) informa que no silêncio do contrato sobre os bens adquiridos na constância do casamento estes se comunicam, porém, para esse autor, quando a separação de bens é obrigatória, não tendo os nubentes direito de pactuar o seu regime de bens, os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicam.

Diferentemente do que parte da doutrina atual defende, na opinião de Beviláqua ([19-], p. 211) a solução apresentada pelo Código de 1916 – de os bens adquiridos no casamento não se comunicarem na separação obrigatória – era bastante lógica, e segundo as suas palavras “ir contra a lógica irretorquível desta solução seria descabido, pois, o fim moral do dispositivo não permite outra interpretação”. Para esse autor, sendo estabelecida a separação pura, absoluta, tendo a mulher mantido seus direitos, não eram necessárias outras providências para que a mulher tivesse a restituição de seus bens porque esses não eram em momento algum entregues exclusivamente à administração do marido.

Nesse sentido, Beviláqua ([19-], p. 279) reporta-se a Bridel, um defensor do regime de separação de bens, que afirma: “este regime é o único que atende ao direito da mulher”. afirmação baseada, segundo Beviláqua, no fato de que Bridel não acreditava na possibilidade da comunhão (entre homem e mulher) com direitos iguais.

Os autores supracitados escreviam em uma época que se discutia a capacidade ou a incapacidade da mulher, inclusive para gerir seus próprios bens. Depreende-se da leitura que, para Bridel, o regime de separação atendia melhor ao direito da mulher porque seus bens iam ser preservados e não iam ser obrigatoriamente administrados pelo marido. Não se pode olvidar que a imposição da separação de bens, tinha o sentido de buscar evitar o famoso “golpe do baú”, bem como o de proteger os interesses de terceiros.

Como mencionado anteriormente, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quatro os regimes de bens passaram a reger as relações patrimoniais entre os cônjuges: O regime de comunhão universal; o regime de comunhão parcial de bens; o regime da

comunhão final dos aquestos e o regime de separação de bens. Conforme esclarecido anteriormente, cada um desses regime tem suas peculiaridades e consequências. No próximo subtítulo será abordado o regime de separação de bens, que é o regime obrigatório para os idosos no direito brasileiro.

3.2 Regime Cogente ou Obrigatório no Código Civil de 2002

Na seara do direito privado, a norma jurídica (princípios e regras) de direito das Famílias é, basicamente, cogente e de ordem pública, é o que afirmam Farias e Rosenvald (2010, p. 16). Segundo esses autores, apenas as normas que regulamentam interesses patrimoniais de família não se submetem a este caráter cogente, prevalecendo nelas o caráter disponível. Esse entendimento não parece aplicar-se aos idosos porque aos idosos a norma de separação obrigatória de bens é cogente.

O regime de bens tem grande relevância nas relações patrimoniais e familiares. Hodiernamente o regime de bens é considerado um efeito patrimonial do casamento. Para Almeida e Rodrigues (2010, p. 174-175), realizado o casamento, a propriedade, a administração e a disponibilidade dos bens, tanto os presentes como os futuros e também as responsabilidades entre si e perante terceiros, ficam submetidas às regras de um regime de bens, conforme opção feita pelo casal (pacto antenupcial) ou por disposição legal. O pacto antenupcial é entendido como sendo o acordo de vontades feito entre os noivos com o propósito de estabelecer o regime de bens que vigorará após o seu casamento. Deve ser feito por escritura pública e deve lhe seguir o casamento, sob pena de nulidade do ato. Ao idoso sujeito à separação obrigatória não é facultado fazer o pacto antenupcial. Resta-lhe, portanto, submeter-se à disposição legal.

Sobre os reflexos da regulação das relações entre os cônjuges, Wald (2005, p. 137) afirma que com a regulação das interações pecuniárias oriundas da associação conjugal, o regime de bens tem reflexos para além das relações entre os cônjuges e pode afetar atos referentes a terceiros. A regulamentação impõe-se na sociedade conjugal porque a vida em comum provoca repercussões no campo material, onde surge a necessidade de se estabelecer normas especiais para reger suas relações. Ainda segundo Wald (2005, p. 137), o regime de bens pode ser mais ou menos complexo, tem certas peculiaridades de maneira a atender a natureza especial dos vínculos que unem os cônjuges, visando suprir onde não caberia simplesmente aplicar os princípios gerais do direito das obrigações.

O artigo de lei que trata da imposição do regime de separação aos idosos passou por

mudanças legislativas ao longo dos anos. No Código de 1916, era o art. 258⁹ que, no seu parágrafo único, estabelecia que fosse obrigatória a separação de bens no casamento do maior de sessenta anos e da maior de cinquenta anos. Com o advento do Código Civil de 2002 essa regra passou por mudança de entendimento e o art. 1641 passou a tratar da matéria, o qual tinha a seguinte dicção:

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 sessenta anos;
 III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (Código Civil Brasileiro de 2002).

Para este trabalho somente a análise do inciso II é essencial, pois nele está contida a regra de imposição do regime de separação obrigatória aos idosos. No código de 1916, a imposição era dirigida aos homens maiores de sessenta anos e às mulheres maiores de cinquenta. Já no código de 2002, há uma mudança e a imposição passa a ser aplicada a toda pessoa maior de sessenta anos. O Código Civil de 2002 sofreu várias críticas, sobre seu texto original. De acordo com Maria Berenice Dias, em seu artigo acadêmico “Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar”:

O Código Civil atual, que ainda se costuma chamar de novo, foi gestado mesmo antes da Lei do Divórcio e necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às diretrizes ditadas pela Lei Maior. Inúmeros remendos foram feitos, o que, no entanto, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje (DIAS, [2010?], p. 4).

As críticas ao texto original do Código de 2002 proliferaram diante da necessidade persistente de haver mudanças harmonizadoras com o entendimento da jurisprudência e da doutrina majoritária. Na época em que foi aprovado, o Código Civil de 2002, em seu art. 1641, estabelecia: “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos” (Brasil, 2002). Esse dispositivo inovou em relação ao Código Civil de 1916 que obrigava a separação de bens para homens maiores de 60 anos e para mulheres maiores de 50 anos. Porém, as críticas e controvérsias acerca do dispositivo não cessaram e foram feitas novas mudanças na redação do art. 1641, inciso II. Essas mudanças não colocaram termo nas controvérsias acerca do tema. Atualmente, o art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, dispõe que “*É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II da pessoa maior de setenta anos*”(Brasil, 2002).

⁹ Art.258 Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Como já foi exposto, na vigência do Código Civil de 1916, o limite etário para imposição de regime de separação de bens obrigatório era de 50 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens. Historicamente, havia tratamento diferenciado entre homens e mulheres. O Código Civil de 1916 espelhava a sociedade e a concepção de família do final do século XIX, que era conservadora e patriarcal conforme explicitado no capítulo I.

Quando a lei igualou a idade dos cônjuges para imposição do regime de bens, o motivo era efetivar a igualdade de direitos entre homens e mulheres. Contudo, segundo Dias (2013, p. 9) “A lei acaba descolada da realidade”. A legislação civil evoluiu a passos lentos e a sociedade sempre está à frente. A mudança veio no sentido de conferir alguma igualdade e até mesmo proteção às mulheres, sob a influência da promulgação da Constituição Federal de 1988, que no seu art. 5º, inciso I, definiu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres:

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, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Diante do princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, a regra restritiva e também ultrapassada contida no art. 258, do Código Civil de 1916, inciso II, parágrafo único – *é obrigatório o regime da separação no casamento do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos* – passou a ser considerada inconstitucional por estabelecer desigualdade entre homem e mulher.

A solução encontrada pela jurisprudência à época, foi igualar o limite etário, acabando com a distinção entre as idades, a proibição relativa à mulher se igualou ao homem, passando a prevalecer que somente após completados sessenta anos de idade se aplicaria o regime de bens estabelecido no art.1641, inciso II, CC/02 (DIAS, 2013, p. 9).

Mesmo com a mudança, o dispositivo continuou a gerar dúvidas quanto ao objeto de sua proteção, como bem expressaram Farias e Rosenvald (2010):

(...) se há alguma preocupação em proteger o maior de sessenta anos, impunha-se ao legislador proibir o seu casamento – que, por sinal, diz respeito à questão relativa ao seu estado civil, que é direito da personalidade. No entanto o Código Civil, sem qualquer justificativa lógica, permite as núpcias do sexagenário, mas limita a escolha do regime de bens – que integra o rol de direitos disponíveis da esfera privada (FARIAS; ROSENVAD, 2010, p. 246).

Perante as críticas ao dispositivo, no ano de 2010 foi aprovado o Projeto de Lei n. 108, de 2007, protocolado pela deputada Solange Amaral (PFL/RJ), que culminou na Lei

Ordinária 12.344/2010, que promoveu uma nova alteração no texto do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, passando a ter a redação seguinte: “*É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II - da pessoa maior de setenta anos*”.

O texto da lei foi aprovado com parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que opinou unanimemente pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e no mérito pela aprovação do Projeto de Lei nº 108/2007, nos termos do parecer do relator, deputado José Genoíno.

O voto do relator é auto esclarecedor, em sua justificativa, o mesmo destaca que, quando da edição do Código Civil de 1916, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade e, esse fato condicionou o legislador da época a estabelecer que, nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos, deveria ser adotado o regime da separação obrigatória de bens. Ainda segundo o relator, o Código Civil de 2002 veio a determinar a adoção desse regime para pessoa maior de 60 anos.

Adotando as argumentações da autora do Projeto de Lei nº 108/2007, o relator afirma que, em decorrência da maior longevidade da qual passou a desfrutar o brasileiro, sobretudo acarretada pelo melhoramento das suas condições de vida, impõe-se que seja modificado o Código Civil de 2002 para que o regime da separação obrigatória de bens somente seja exigível para pessoa maior de 70 anos.

Sobre a constitucionalidade material da regra, os legisladores não se vislumbraram qualquer discrepância entre o Projeto de Lei e a Constituição Federal. Quanto ao mérito que envolve a regra do art. 1641, inciso II, os legisladores consideraram, com base em pesquisa Tábua de Vida de 2005, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que a esperança de vida do brasileiro passou de 71,7 anos, em 2004, para 71,9 anos, em 2005. Esse indicador estima que a geração que nasceu em 2005 viverá em média até os 71,9 anos. A estatística levou o legislador a entender que seguramente a expectativa de vida do brasileiro passou a ser maior que em 1916, quando foi editado o antigo Código Civil Brasileiro.

Para a aprovação da regra, que eleva a idade para 70 anos, os legisladores levaram em consideração que a modificação operada pelo Código Civil de 2002, que veio a cabo com o objetivo de harmonizá-lo ao princípio da igualdade em relação aos direitos e deveres dos cônjuges na sociedade conjugal, a teor do disposto no art. 226, §5.º, da Constituição Federal¹⁰, falhou ao não tratar de verdadeiro aumento da idade para adoção compulsória do regime da separação de bens no casamento.

¹⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

De acordo com os motivos expostos pelo relator da Lei 12.344/10, pode-se destacar que a justificativa está ancorada no aumento da expectativa de vida dos idosos e que, segundo a autora do projeto, as condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia, se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.

O fato da modificação operada com a Lei 12.344/10 não ter trazido uma solução satisfatória e de continuarem reverberando no poder judiciário casos que versam sobre a problemática idêntica, relativas à imposição do regime de bens, sugere que falta ao parlamento conhecimento aprofundado das questões sociais, o que não ocorreria se houvesse um debate anterior com os setores impactados pelas normas. Quando a controvérsia vai para o judiciário é que passa a haver um debate sobre a formação legislativa da norma analisada e chega-se, muitas vezes, à conclusão que o entendimento do legislador, não coincide com os anseios da população afetada por determinada norma.

De fato, há ainda uma polêmica relativa aos efeitos do inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, que diz respeito à incidência da súmula 377, do Superior Tribunal Federal (STF). Aprovada em 1964, essa súmula dispõe que “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento*” (Brasil, 1964). Para Farias e Rosenvald (2010, p. 249), a súmula 377 foi editada com o propósito de escapar da restrição legal que se mostrava desarrazoada. Em função disso, segundo os autores supracitados, nos casamentos celebrados pelo regime de separação obrigatória, os aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio) se comunicam porque o esforço comum do casal é presumido.

Pelo exposto, pode-se concluir que com a aplicação da súmula 377, do STF, está-se diante de um regime de separação obrigatória de bens, com comunhão nos aquestos ou de um regime de separação de bens que comporta a comunhão parcial. Para Farias e Rosenvald (2010, p. 250), a separação legal está próxima do regime de *comunhão parcial de bens*, permitindo na separação obrigatória a partilha dos aquestos inclusive com presunção de esforço comum para a aquisição. O entendimento sumulado, de acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 250), fica limitado ao regime de separação obrigatório, pois não faria sentido sua aplicação ao regime de separação convencional (absoluta) de bens porque seria uma violação da autonomia da vontade.

Segundo Dias (2012, p. 57) a jurisprudência flexibiliza a regra da separação obrigatória sempre que for comprovado que os bens, ainda que registrados em nome de um dos cônjuges, foram adquiridos com esforço comum do casal. Neste caso, segundo a autora, não se

presume o esforço comum para a aquisição.

Vale lembrar que, para Beviláqua ([19-], p. 21) o entendimento era diverso. Diante do que preceituava a norma do Código Civil de 1916, em seu art. 259, “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”, o notável jurista interpretou da seguinte forma: “No silêncio do contrato preceitua a lei; portanto, quando a separação é imposta por dispositivo legal, não tendo os nubentes direito de pactuar o seu regime de bens, os adquiridos não se comunicam” (BEVILÁQUA, [19-], p. 211). Desse modo, é preciso frisar que Beviláqua diz o oposto do que parte da doutrina atual defende quanto à interpretação da aplicação da súmula 377. Ou seja, para Beviláqua não era lógico impor um regime de bens de separação e em seguida autorizar sua mudança.

De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 197), a doutrina atual ainda discute se deve continuar sendo aplicada a súmula 377, do STF. Os autores explicam os motivos da controvérsia: de um lado, aqueles que não defendem a aplicação da súmula justificam pelo fato de que o legislador do Código Civil de 2002 teve oportunidade de adotar o posicionamento nela exarado e não o fez, claramente, porque não quis seguir esse entendimento. De outro lado, aqueles que admitem a aplicação da súmula 377, do STF, argumentando que os motivos que justificaram a adoção da súmula permanecem existindo, que a súmula procura evitar enriquecimento ilícito, presumindo que os bens adquiridos contaram com esforço de ambos os cônjuges.

Para outra corrente, a súmula 377/STF só deverá ser aplicada se comprovado o esforço comum dos cônjuges para a aquisição de bens, justificando, desta forma, a respectiva partilha quando da dissolução do casamento ou falecimento do cônjuge sob o regime da separação obrigatória de bens.

Nesse contexto, verifica-se a insegurança jurídica, muitas vezes causada por entendimentos que, ao longo do tempo, são construídos pelo Judiciário e que, ao serem confrontados com a realidade da vida prática, causam divergências sem, no entanto, encontrar soluções adequadas para as controvérsias provocadas por eles. Existem jurisprudências válidas tanto exigindo a comprovação do esforço comum quanto as que o presumem, entendendo que a solidariedade é inerente à vida comum do casal por si só e é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência.

Outra questão apontada pela doutrina acerca da regra do inciso II, do art. 1641/02, a qual impõe o regime de separação legal aos idosos, é sobre o Enunciado 261, da III Jornada de Direito Civil, que traz a seguinte dicção: “A *obrigatoriedade do regime da separação de bens*

não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade". De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 246), ao criticarem tal enunciado, esse parece ser uma tentativa de paliativo para justificar a inaplicabilidade do inciso II, do art. 1641/02. O enunciado 261 tenta retirar do alcance da norma aqueles cujo casamento foi "precedido de união estável". Para os autores supracitados, a "emenda ficou pior que o soneto" porque ainda permite restrição ao sexagenário. Lembrando que de acordo com o art. 1.725, do Código Civil de 2002, "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Portanto, fica patente que existem importantes controvérsias relacionadas à imposição do regime de bens aos idosos e que essas questões necessitam ser equalizadas para que não se perpetuem a insegurança jurídica e as injustiças.

3.3 Efeitos patrimoniais decorrentes da separação obrigatória de bens

Um dos efeitos mais contundentes decorrente do regime de separação obrigatório de bens é o afastamento da sucessão. O Código Civil de 2002 instituiu o concurso sucessório do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Segundo Dias (2012, p.167), o modo de afastar o direito do cônjuge é a eleição do regime de bens. O regime de separação obrigatória de bens é um dos regimes em que o cônjuge sobrevivente não concorre.

Ao referir-se à súmula 377, do STF, Dias (2012) pondera que essa "alterou este perverso regime para o da comunhão parcial e a jurisprudência vem declarando a inconstitucionalidade do malsinado dispositivo legal" (p. 167). Com isso, pode-se afirmar que pelo teor do art. 1641, do Código Civil de 2002, o cônjuge não concorre, mas pela aplicação da súmula, o cônjuge concorre.

Segundo Dias (2012, p. 169) há outra incongruência da lei quanto ao regime de separação convencional escolhido por meio de pacto antenupcial. Entre as exceções ao direito de concorrência a lei esqueceu-se de incluir este regime de bens. Desse modo, acabaria o cônjuge sobrevivente agraciado com parte dos bens do falecido, ainda que este não seja o desejo do casal.

O regime de bens regula juridicamente os interesses dos cônjuges e de terceiros. Uma das consequências patrimoniais do casamento é a necessidade de consentimento do cônjuge. Na separação convencional não há exigência de consentimento do cônjuge para certos

atos. Porém, de acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 275), o Código Civil de 2002 exige autorização do consorte para a prática de determinados atos quando o casamento tiver sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, a partir da incidência da súmula 377, do STF, que determina a partilha de bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento (os chamados aquestos).

Para esses autores a exigência decorre do fato de que se houver partilha dos aquestos, deverá haver necessidade de consentimento do cônjuge para que o outro pratique atos que podem impactar sobre este patrimônio comum. Mas, há possibilidade, a depender do caso concreto, de suprimento judicial do consentimento.

A título de exemplo, pode-se citar alguns atos que necessitam de outorga conjugal de acordo com o inciso I, do art. 1647, do Código Civil de 2002, a outorga conjugal é necessária para os atos de disposição direta de imóveis, como a compra e venda e a hipoteca. Exige-se a outorga conjugal para se pleitear, como autor ou réu, acerca de bens imóveis ou direitos sobre os mesmos e também para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.

Não decorre da lei a vedação a doação entre os cônjuges. A doação entre cônjuges que vivem sob a separação obrigatória de bens pode, em certos casos, ser pensada como uma solução paliativa em certos aspectos. Para Almeida e Rodrigues (2010, p. 200), admitir doação entre cônjuges seria uma forma de burlar a lei, mas, como não há vedação legal, essa é admitida, existem decisões que reconhecem a validade de doações entre cônjuges casados sob regime de separação obrigatória.

Para ter clareza a respeito dos efeitos da imposição do regime de separação de bens aos idosos, é necessário ter em mente a controvérsia sobre a aplicação da súmula 377, do STF. Percebe-se que para alguns autores, como Farias e Rosenvald (2010), a consequência da aplicação da súmula é o regime de participação final nos aquestos, porém para outros autores, como Dias (2012), é a comunhão parcial de bens. Enquanto não se resolver esta querela, torna-se difícil esposar um posicionamento seguro sobre os efeitos da imposição do regime de bens aos idosos.

4. CATEGORIA SOCIAL IDOSO

Estudos desenvolvidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontam para uma mudança da sociedade, no sentido de maior desenvolvimento tecnológico e científico. Com isso, as pessoas passaram a ter acesso a bens e serviços que tornam a vida mais dinâmica e até longa. Nesse sentido, parte da população idosa continua a ter acesso a inúmeros atos da vida civil sem precisar da intervenção de terceiros. Porém, o ordenamento jurídico brasileiro, em alguns aspectos, parece não ter acompanhado a evolução social.

Na sociedade contemporânea, em quase todos os continentes tem ocorrido o fenômeno do envelhecimento populacional, ou seja, está acontecendo um aumento expressivo de pessoas com 60 anos de idade ou mais. Com base em pesquisa sobre o censo demográfico do ano de 2000, Litvoc e Brito (2004, p. 2) informam que a situação demográfica do Brasil decorre de mudanças caracterizadas basicamente pela redução da taxa de mortalidade infantil e pelo declínio acentuado da fecundidade. Quanto aos indicadores relacionados a estrutura etária, a mudança se torna mais evidente, se observado um aumento da esperança de vida ao nascer.

No ano de 2000, o número de pessoas com mais de 60 anos era de 14 milhões (8,6% do total da população brasileira). As projeções têm indicado que em 2025 esse contingente populacional poderá ultrapassar 30 milhões de pessoas. Espera-se que esse contingente populacional possa envelhecer com dignidade e de forma bem-sucedida. Segundo Litvoc e Brito (2004, p. 8), envelhecer de forma bem-sucedida implica em ter baixa probabilidade de doenças e de incapacidades relacionadas a elas (ações de prevenção), boa capacidade funcional (tanto física quanto cognitiva) e participação ativa em sua comunidade.

Estudo feito pela pesquisadora Camarano (2001, p. 21), junto ao IPEA, intitulado “O Idoso Brasileiro no Mercado de Trabalho”, com abrangência dos anos de 1978 a 1998, demonstrou que o envelhecimento populacional experimentado pela população brasileira, na época, já estava afetando a composição etária da População Economicamente Ativa (PEA). A pesquisa mostrou que a participação do idoso brasileiro no mercado de trabalho era alta, considerando os padrões internacionais. Este fato estava relacionado a uma particularidade muito específica do mercado de trabalho brasileiro, que é a inserção do aposentado. Segundo Camarano (2001 p. 21), mais da metade dos idosos do sexo masculino e quase 1/3 dos do sexo feminino que estavam no mercado de trabalho eram aposentados em 1998, tendo essa participação crescido no período considerado. A renda do trabalho dos aposentados tinha um

peso bastante significativo na sua renda e na de suas famílias.

Os dados apresentados acima reforçam a ideia de que a população idosa é composta por um grupo heterogêneo e mostra que parte significativa dessa população se mantém ativa e produzindo riquezas. A partir desse ponto de vista, afasta-se a noção preconceituosa de que o envelhecimento necessariamente está atrelado à incapacidade.

4.1 Capacidade civil do idoso

É fundamental para a presente pesquisa trazer uma reflexão sobre o sentido da expressão *idoso*. A literatura sobre envelhecimento, que é escassa, em geral considera *idoso* uma categoria sociológica, ou seja, uma construção social e histórica.

No artigo “A construção da velhice e seus significados”, as pesquisadoras Felipe e Souza (2014, p. 23) afirmam que a periodização das etapas da vida e a forma como cada período é classificado por diferentes comportamentos podem variar. Citando Lenoir (1996), salientam que:

A primeira grande dificuldade encontrada pelos pesquisadores deve-se ao fato de estarmos diante das representações já estabelecidas do nosso objeto de estudo, isto, ocasionalmente, pode nos induzir na maneira de apreendê-lo, defini-lo e concebê-lo... essas representações podem tomar a forma de imagens sensíveis ou conceitos grosseiramente formados, mas não basta apenas afastarmos as falsas evidências, pois essas pré-noções encontram um fundamento e uma função social (LENOIR, 1996, *apud* FELIPE SOUZA, 2014, p. 26).

A partir dessas premissas, pode-se afirmar que o conceito *idoso* é complexo e comporta uma multiplicidade de variáveis, assim como outras categorias sociais, como a *infância*, e a *adolescência*. Para Felipe e Souza (2014, p. 26), no caso dos idosos em específico, a partir de uma determinação legal, ou seja, 60 anos, o status da velhice é imposto ao indivíduo e seu papel na sociedade também é determinado.

A classe social à qual pertencem, o gênero, a religião, a escolaridade, o ambiente em que viveram, bem como outros determinantes, não são compreendidos em uma perspectiva do curso de vida desses sujeitos. Eles simplesmente são constituídos como um grupo homogêneo. Essa pretensa homogeneidade tem como um dos fundamentos, segundo as autoras supracitadas, o controle das fases da vida e das atividades específicas determinadas para cada uma dessas fases, como a fase da escola, a fase do trabalho e o momento da aposentadoria.

Porém, esses grupos sociais não são estáticos e, de acordo com Felipe e Souza (2014, p. 26), quando o número de indivíduos de determinada faixa etária cresce juntamente com o

aumento do estatuto social do grupo, somados a outras questões, essa conjunção de fatores, pode servir para transformar essas vivências em um problema social. Para melhor compreender o que seja um problema social, as autoras Felipe e Souza (2014, p. 26), citam as quatro etapas essenciais na construção de um problema social propostas por Debert com base na obra de Lenoir:

O **reconhecimento** implica tornar visível uma situação particular. É a conquista de uma atenção pública, e supõe a ação de grupos socialmente interessados em produzir uma nova categoria de percepção do mundo social, a fim de agir sobre ele. A **legitimação** não é consequência automática do reconhecimento público do problema. Ao contrário, supõe o esforço para promovê-lo e inseri-lo no campo das preocupações sociais do momento. [...] As formas de pressão envolvem o estudo dos atores sociais que podem tanto representar certos grupos de interesses quanto um interesse geral, que deve ser explicitado enquanto tal. São porta-vozes empenhados em denunciar determinadas questões e que ocupam uma posição privilegiada para torná-las públicas. [...] As formas de **pressão** se traduzem em formas de expressão. Na transformação do envelhecimento em problema social estão envolvidas novas definições de velhice e do envelhecimento, que ganham dimensão com a **expressão** Terceira Idade [...]. O discurso sobre a Terceira Idade, assim, não acompanha simplesmente processos de mudanças objetivas. Pelo contrário, ele deve ser entendido como parte constitutiva dessas mudanças. Contribui para acelerar e direcionar processos, na medida em que opera reclassificações que são constitutivas das formas de gestão do envelhecimento (DEBERT, 1998, p. 23, grifos das autoras *apud* FELIPE; SOUZA, 2014, p. 27).

Como foi afirmado anteriormente, *idoso* é uma categoria sociológica, ou seja, uma construção social e histórica. Portanto, existem várias formas de se abordar o tema do envelhecimento, inclusive como um problema social construído por grupos interessados em agir sobre ele. Feitas essas considerações sobre a categoria social idoso, passa-se a abordar a questão da capacidade do idoso.

Em seu trabalho de pesquisa intitulado “O envelhecimento e a capacidade de tomada de decisão: aspectos jurídicos de proteção ao Idoso”, Maio (2018, p. [N.I]) faz uma abordagem biopsicossocial da categoria idoso e afirma que, na velhice, o desenvolvimento de dependência pode estar associado ao natural envelhecimento fisiológico e se manifesta com maior intensidade e frequência pela ocorrência de doenças e das condições adversas, tais como pobreza, fome, maus tratos, abandono, culminando em diversos graus de dependência (baixo, médio ou alto) dependendo do nível de necessidade diária de auxílio e do apoio mais ou menos intensivo por parte de cuidadores. De acordo com Maio (2018), a ideia de grau de dependência está baseada em uma Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) que é um instrumento para classificar a funcionalidade humana.

Segundo Litvoc e Brito (2004, pg. 17), capacidade funcional do idoso, no seu

significado mais amplo, inclui sua habilidade em executar tarefas físicas, a preservação das atividades mentais e uma situação adequada de integração social. Classificar a funcionalidade humana biopsicosocialmente, diferencia-se muito de classificar a capacidade civil da pessoa no âmbito do direito.

Para o direito Civil, segundo Maio (2018, p. [N.I]), após as alterações processadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015, não existem mais pessoas absolutamente incapazes maiores. De acordo com a autora supracitada, “hoje impera a ideia de que a regra é a capacidade plena para todos, e a exceção é a incapacidade relativa (e muito mais exceção, a do tipo absoluta, como até pouco tempo)”. A redação do Código Civil de 2002, em seu art. 4^o¹¹, corrobora com o que nos diz Maio (2018), sendo considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos.

Escrevendo sobre a necessidade de extinção de categorias abstratas de incapazes e interditos, Teixeira e Rodrigues (2010) afirmam que a incapacidade deve ser construída e delimitada diante do caso concreto, fato que impõe o fim das categorias apriorísticas, segundo as autoras:

não podemos preceituar que certas pessoas, porque enfermas ou deficientes, são absolutas ou relativamente incapazes de maneira abstrata. Essas restrições à capacidade de exercício e à autonomia dos indivíduos só podem ser realizadas a partir de questões devidamente problematizadas e legitimamente reconstruídas no caso concreto (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 35).

Com base na interpretação do Código Civil, pode-se afirmar que os idosos, salvo por alguma doença ou condição adversa que os impeça de exprimir sua vontade, perante a lei, são plenamente capazes para os atos da vida civil. Isto é, a idade avançada naturalmente não é critério para presumir incapacidade civil e conseqüentemente presumir a necessidade de tutela em relação aos seus bens por ocasião do casamento ou da união estável. Onde se extrai que todo idoso plenamente capaz, deve poder escolher o conjunto de regras que definirá se os bens do casal serão comuns, ou se serão privados.

A eventual dependência por alguma deficiência de funcionalidade que leve o idoso à vulnerabilidade não autoriza a intervenção do Estado por ocasião da constituição de família. Para proteger o idoso, a legislação brasileira conta com o Estatuto do Idoso (Lei Federal nº 10.741, de 1 de outubro de 2003) e o idoso pode estar inserido em uma rede de Proteção Social.

De acordo com Bruseke (2006) citado por Caçado et al, (2014 p.3) a

¹¹ Art. 4º: são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I- os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II- os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III- aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV- os pródigos.

vulnerabilidade pode ser definida como uma conjunção de fatores, sobrepostos de diversas maneiras e em várias dimensões, de modo a tornar o indivíduo ou grupo mais suscetível aos riscos e contingências. Para a autora, o caráter multifacetado da vulnerabilidade é uma vantagem, mas também um grande empecilho para sua análise, na medida em que dificulta a definição de variáveis precisas e a construção de um indicador exato. Nessa pesquisa, a expressão vulnerabilidade será usada no sentido de fragilidade e suscetibilidade do idoso aos riscos e contingências.

Cabe ressaltar que existem casos em que o idoso é vulnerável e o Estado deve intervir, por exemplo, nas relações comerciais, onde é pressuposta a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor, porque há um desequilíbrio na relação e não há que se falar em igualdade. Porém, nas relações privadas, entre cônjuges, pressupõe-se a igualdade de direitos e obrigações e nesse sentido, parece que não é adequada a intervenção do Estado.

4.2 O Estatuto do Idoso e redes de apoio social

De acordo com Felipe e Sousa (2014), no artigo científico “A Construção da Categoria Velhice e seus Significados”, o corte etário feito para as pessoas com 60 anos ou mais serve para o estabelecimento de políticas, visando a definição de direitos e deveres, assim como para comparação de dados populacionais, entre outros contornos. Contudo, as autoras enfatizam que esta fase é vivida de diferentes formas, ou seja, não existe esse sujeito idoso único e universal que é utilizado em diversos discursos da gestão da velhice na elaboração de novos produtos e serviços, como também nas políticas direcionadas para a terceira idade.

As autoras afirmam que os idosos podem ser considerados um grupo etário, porém é preciso levar em consideração diferentes experiências sociais nas quais estão inseridos, constituindo-se particularidades que não cabem em uniformização ampla. Utilizar a velhice ativa como modelo em diversas propostas para os idosos, como também em marcos legais do envelhecimento no Brasil e no meio internacional, é reduzir toda a pluralidade de vivências desses idosos a uma maneira generalizada de se viver o envelhecimento. De fato, esse é o viés mais reforçado e assegurado pelas políticas públicas incentivadas pelo Estado, o viés da uniformização, inclusive em na esfera legislativa.

Continuando nessa perspectiva crítica, Felipe e Sousa (2014, p. 32) afirmam que esta forma de tratar o idoso como sujeito singular pode tornar-se referência para os que envelhecem, como se não fosse aceitável ou fosse errado viver sua velhice de maneira diversa da estabelecida. Além disso, as autoras reforçam que o Estado utiliza os discursos científicos em propostas consideradas educativas para “orientar” a forma correta de o idoso viver.

Escrevendo sobre o tema “Sentidos e espaços da velhice na legislação brasileira”, Rosendo e Justo (2011, p. 54) afirmam que apesar da importância da legislação protetiva do idoso, em específico o Estatuto do Idoso (lei nº 10.741/03), este diploma traz uma concepção da categoria como um sujeito predominantemente fragilizado, limitado e incapaz. Por isso mesmo, digno de proteção especial.

A análise que os autores supracitados fizeram do Estatuto, levou-os a concluir que imagens vinculando o idoso à dependência, à invalidação, à passividade, à fragilidade e à carência são muito mais frequentes que outras categorias como autonomia, realizações e potenciais de vida. Segundo os pesquisadores, os valores melhorativos como trabalho, cultura, aprimoramento pessoal e outros denotativos de potencialidades inerentes à figura do idoso estão presentes no Estatuto, mas em posição bem secundária frente às tônicas pejorativas, em uma clara reprodução das tônicas dadas pela sociedade em geral, às idades avançadas da vida. Neste sentido, escrevem:

As leis são importantes usinas de produção de sentidos e de efeitos de verdade, pelos quais são forjadas espacialidades, imagens, concepções, afetos e formas de tratamento, dirigidos aos seus referentes. É possível apreender uma lógica na legislação do idoso, orientadora e modeladora de subjetividades, representações, expectativas, políticas públicas e de espaços específicos destinados aos anciãos, a partir das tônicas e princípios que pautam o discurso legal sobre o envelhecimento (ROSENDO; JUSTO, 2011, pg. 56).

A experiência da velhice, por não ser um processo natural e peremptório (no sentido de ser implacável), mas construído socialmente e que comporta experiências diversas, é bastante heterogênea. Segundo Rosendo e Justo (2011, p. 41), se os direitos a transporte gratuito, aposentadoria e outros benefícios atribuíram “privilégios” aos idosos, de outra forma, as restrições legais, como aposentadoria compulsória, impedimento de acesso a cargos, imposição de regime de bens obrigatório, que têm a idade avançada como critérios absolutos os colocam em desvantagem, denotando sentidos pejorativos ao envelhecimento.

Segundo os autores supracitados, a relação entre invalidez e velhice, subscrita em parte da Constituição de 1988, teve estreitas relações com a institucionalização das aposentadorias, tornando-as praticamente sinônimas. Ou seja, a idade avançada e a aposentadoria, no Estado Moderno, com a difusão do neoliberalismo, transformaram-se em sinônimo de “invalidez”, excluindo muitos idosos saudáveis da construção ativa da vida social.

Mecanismos de controle do Estado através dos órgãos que fazem parte das políticas públicas dirigidas à proteção ao idoso são evidenciados por Rosendo e Justo (2011, p. 43), os quais não tem a efetiva participação da população alvo. Se referindo aos Conselhos dos Idosos, os autores denunciam: “foram estabelecidas medidas para controlar e docilizar a atuação dessas

instâncias de ‘participação democrática’”, como exemplo, cita a reserva da metade dos assentos nos conselhos aos membros do poder público.

Essas são algumas das questões que precisam ser levantadas ao se debruçar sobre o tema idoso. Em contrapartida às críticas trazidas nos parágrafos anteriores, é preciso esclarecer que as políticas públicas de cunho social, incluindo saúde, educação, habitação e previdência social, não podem ser consideradas totalmente problemáticas, isso porque, como já foi evidenciado no tocante à heterogeneidade da população idosa, existe um grande número de pessoas que necessitam do mínimo que lhes é proporcionado por essas políticas e que vivem da sua previsibilidade.

Um fator positivo, pouco divulgado, é as Redes de Apoio Social ao Idoso. Esse é um conceito que pode ser definido, segundo Litvock e Brito (2004, p. 204), como a totalidade de recursos oferecidos por outras pessoas aos idosos nas suas relações sociais. Entretanto, trata-se de um conceito multidimensional em que os conhecimentos em relação às conexões possíveis ainda são limitados. As relações sociais podem ser formais e informais, e dentre as funções da rede social, está o apoio emocional que envolve expressões de amor e afeição.

Para Costa Rosa (2004, p.209), na literatura sobre apoio social muito raramente se enfoca o idoso como cuidador ou provedor de apoio. No entanto, a autora informa que o papel do idoso não é somente receber, mas também prover ajuda para os outros. Pensando a dinâmica familiar, ressalta a autora que encorajar o idoso a adotar o papel de provedor pode ser maneira efetiva de reduzir a angústia psicológica.

Parece razoável, segundo a autora supracitada, supor que indivíduos com altos níveis de autoestima e domínio também tenham maior habilidade social, o que por sua vez deve melhorar sua chance de ter um sistema de apoio em dia. É razoável também supor que a autoestima seja mais elevada em idosos que mantenham sua autonomia para gerir seu próprio patrimônio durante sua velhice.

Finalmente, pode-se inferir, com base nos estudos apresentados, que os efeitos negativos que acompanham a velhice podem ser reduzidos pelo relacionamento com amigos, pelo estado conjugal e pela presença de companhia. Desse modo pode-se concluir que de maneira geral é benéfico para o idoso que este se case ou que tenha uma união estável quando isso for do seu interesse e venha a fortalecer sua rede de apoio social. Além disso, a Constituição Federal, em seu Art. 5º, garante que 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.

5. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS IDOSOS

A justificativa mais comumente atribuída para a restrição do regime de bens a idosos é a justificativa de preocupação de ordem econômica, no sentido de proteger alguém por meio da proteção de seu patrimônio. Nesse sentido, o Estado, por meio das leis, assume o papel de garantidor da proteção, levando a supor que os sujeitos destinatários das normas não são capazes.

A ideia de controle de constitucionalidade está relacionada à supremacia da Constituição Federal sobre todo ordenamento jurídico, e também, à rigidez constitucional na proteção dos direitos fundamentais. A Constituição Federal promulgada em 1988 é a Constituição em vigor até os dias atuais.

Quanto às normas infraconstitucionais anteriores, deve haver a *recepção* que é um mecanismo em que a Constituição nova recebe, incorpora, recepciona, as normas infraconstitucionais anteriores, desde que elas não conflitem no seu conteúdo com o conteúdo da Constituição nova. Segundo Ommati (2016, p. 92), as normas infraconstitucionais anteriores recebem, depois de recepcionadas, um novo fundamento de validade, havendo uma adaptação formal, se necessário.

Quando foi promulgada a Constituição de 1988, vigia o Código Civil de 1916, que foi por essa recepcionado. Em 2002, ficou pronto o novo código, fruto das exigências e necessidades sociais. Juristas se empenharam na elaboração desse novo diploma, mas com o intuito de preservar, sempre que possível, as disposições do Código de 1916. Deste trabalho jurídico nasce o Código Civil de 2002, trazendo algumas inovações, e preservando, como se discutirá no próximo subtítulo, alguns imbróglis.

5.1 Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Ao averiguar a constitucionalidade de uma norma, deve-se verificar a constitucionalidade formal, que ocorre quando o ato normativo criado não fere os procedimentos estabelecidos pela Constituição para criação desse mesmo ato. E também deve-se averiguar a constitucionalidade material que é aquela que ocorre quando a norma está em acordo com a Constituição em seu conteúdo. Segundo Ommati (2016, pg. 259), se a norma seguiu os procedimentos formais estabelecidos na Constituição para sua criação válida, mas se

encontra em descompasso, quanto ao conteúdo, com o texto Constitucional, ela possui inconstitucionalidade material.

Autores como Farias e Rosenvald (2010); Almeida e Rodrigues (2010); Dias (2013) consideram inconstitucional a regra do inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, que prevê a imposição do regime de separação de bens aos idosos maiores de 70 anos, e afirmam que o dispositivo viola princípios implícitos e explícitos constitucionais como o princípio da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Portanto, não deveria o art. 258, do Código Civil de 1916, ser recepcionado pela Constituição Federal Brasileira. Da mesma forma, o inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, não deveria ser considerado constitucional.

De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 244 e 245), a imposição de um regime de bens aos idosos está em nítida violação aos princípios constitucionais, pois fere frontalmente a dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-los pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

A Constituição da República estabelece em seu art. 1º, inciso III, que é fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Para Maio (2018, p. [N.I]), A dignidade da pessoa humana é constituída por duas dimensões: uma positiva, em que se presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa que, se supõe de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos e das possibilidades de atuação próprias de cada homem; e, de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza. Já a outra dimensão, que é negativa, significa que a pessoa não venha a ser objeto de ofensas ou humilhações.

Nesse sentido, avaliar a constitucionalidade do dispositivo que impõe aos idosos a restrição quanto ao regime de bens, depende da avaliação da vontade da lei, do seu objetivo, em contraposição com a vontade da população que é destinatária desse comando legal. Como afirmado anteriormente, essa parcela da população, que são os idosos é bastante heterogênea e nem mesmo é consultada sobre o tema em questão.

Para Ommati (2016, p. 144), a crença na vontade da lei é sempre problemática, já que pressupõe que o processo hermenêutico seja apenas retirar algo que sempre esteve contido no texto da lei. De forma sintética, a partir do momento em que os princípios jurídicos começaram a fazer parte das preocupações dos estudiosos do direito, esse problema de interpretação começou a ser desfeito e ser visto de forma adequada. Segundo o autor acima citado, os princípios jurídicos conseguiram incorporar os avanços da reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia, ao mostrarem a indeterminação do texto normativo, a necessidade de

unir aos atos de interpretação e compreensão ao ato de aplicação, e também, ao mostrar que o sentido do texto é encontrado nas diferentes situações concretas, passíveis de atualização por força de modificações sociais e jurídicas importantes.

Esse trabalho não pretende adentrar no estudo complexo da Teoria da Constituição, apenas a título informativo, pretende esclarecer que para chegar ao entendimento esboçado no parágrafo acima, sobre os princípios jurídicos, Ommati (2016, p. 145 e sg.) analisa as hermenêuticas do Estado de Direito, com a Escola da Exegese, o Estado de Bem-estar Social, cujo autor central é Hans Kelsen, a teoria dos princípios defendida por Ronald Dworkin e Klaus Günther, e também a versão axiologizante de Robert Alexy. Feitas essas considerações acerca da complexidade do tema, segue uma conclusão sobre o assunto.

Na compreensão de Ommati (2016, p. 160 e 167) o único dentre os princípios específicos de interpretação da Constituição que dá ao interprete um direcionamento na realização de seu trabalho, é o princípio da proporcionalidade que possui três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio foi incorporado pela doutrina e jurisprudência brasileiras ora com o nome de proporcionalidade, ora com o nome de razoabilidade. Ou seja, é preciso ponderar se a existência do art. 1641, II, que atinge todos os idosos maiores de setenta anos, é necessária, adequada e proporcional. A maioria da doutrina considera que não. Autores como Dias (2013, p. 57) chegam a adjetivar esse dispositivo como o “desarrazoado” regime de separação obrigatória de bens.

Em seu artigo intitulado “O Envelhecimento e a capacidade de tomada de decisão: Aspectos jurídicos de proteção ao Idoso”, Maio (2018) afirma que a garantia da autonomia individual, da liberdade e da independência da pessoa idosa deve ser respeitada ao máximo, só comportando exceções em casos em que o indivíduo já não consegue expressar a sua vontade ou fazer as suas escolhas de forma livre e consciente. Nesse sentido, o direito deve analisar o caso concreto.

Almeida e Rodrigues (2010, p. 67), discorrendo sobre o princípio da proteção especial e a estrutura da capacidade de fato, asseveram que é preciso priorizar o exercício da autonomia, da maneira que isso for possível para a pessoa concreta, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Essa diretriz deve valer para todos, inclusive e em especial idosos, crianças, doentes e deficientes mentais. Sem desmerecer o regime jurídico da capacidade, os autores supracitados, sugerem que se preocupe, ao menos, em certificar se, em dada situação fática, não resta realmente a essas pessoas qualquer possibilidade para que elas mesmas decidam questões atinentes à sua subjetividade.

Para Ommati (2016, p. 218), com base em Dworkin, o direito, enquanto sistema

jurídico não é formado por regras e princípios. O direito é formado por textos de normas igualmente abstratos que concorrem para solução dos casos concretos. Para se compreender e aplicar o direito de maneira adequada, deve-se considerar a situação concreta e sua história, para assim descobrir o que deve ser feito naquela situação. No presente caso, a situação concreta revela que a categoria idoso é uma parcela da população bastante heterogênea, característica essa, desprezada pela norma do art. 1641, II. Nesse sentido, deve-se questionar a adequação dessa norma ou regra legal que desconsidera que na realidade concreta a população idosa não é homogênea, não envelhece da mesma forma, não tem as mesmas fragilidades, e possui diferentes maneiras de lidar com seu patrimônio.

Ampliando o entendimento explicitado no parágrafo acima, no caso da imposição do regime de separação de bens aos idosos infere-se que não é razoável a imposição de tal norma nas relações privadas, com base no argumento falacioso de que há probabilidade de que o idoso ou idosa sejam vítimas potenciais de um golpe que visa apropriar-se dos seus bens por via do casamento ou da união estável. Para Almeida e Rodrigues (2010, p. 67), a genuína forma de garantir proteção especial a esses sujeitos, seria possibilitar que eles mesmos decidam sobre suas subjetividades. Além disso, o ordenamento jurídico já possui outros institutos de proteção a pessoa, como exemplo impenhorabilidade do bem de família, e o direito real de habitação.

5.2 Princípios constitucionais da liberdade e da igualdade

Segundo Ommati (2016, p. 233), liberdade e igualdade são dois princípios complementares, que se pressupõe mutuamente, proteger a liberdade leva necessariamente a proteger a igualdade. Nesse sentido todos teriam direito à liberdade e à igualdade, princípios que são inegociáveis na democracia. Somente podem ser regulamentados direitos por meio de leis restritivas quando o seu exercício afronta princípios políticos que igualmente ocupam a estrutura básica da democracia.

De acordo com Almeida e Rodrigues (2010, p. 189), o inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, que traz a imposição de um regime de separação bens aos idosos, suprime a autonomia de eleição dos cônjuges, o que não se justifica diante de um Estado Democrático de Direito. De acordo com Farias e Rosenvald (2010, p. 247), a norma citada introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção de absoluta de incapacidade para alguns atos.

No Brasil, a doutrina majoritária é contrária ao regime de separação obrigatória de bens, segundo Almeida e Rodrigues (2010, p. 192). O que está em jogo, na escolha do regime

de bens, é um direito patrimonial, estritamente disponível, por isso descabida e injustificável a interferência do Estado neste tipo de relação privada. De acordo com esses autores, a fragilidade física não implica debilidade mental, a idade avançada, por si só, não gera incapacidade. Se o idoso for acometido por incapacidade, deve-se buscar o caminho legítimo admitido no Estado Democrático de Direito que é a interdição, precedida por análise individualizada de cada caso, com direito ao contraditório e à ampla defesa, posto que se presume a capacidade e não o contrário.

Cabe esclarecer que a interdição é a privação legal que determinada pessoa sofre no que diz respeito ao gozo e exercício de seus direitos, estando impossibilitada de gerir, por si só, sua vida e seus negócios e responder pelos atos que pratica em razão de suas limitações, ficando dependente dos cuidados de pessoa legalmente habilitada e encarregada deste trabalho por meio de nomeação em processo judicial (curador).

Finalmente, encerra-se este trabalho com o que dispõe o 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. Cumpra-se.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, que impõe o regime de separação de bens aos idosos se revela inconstitucional. Verificou-se confirmada a hipótese levantada nesta pesquisa, da inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos idosos. Com razão, os argumentos da maioria da doutrina apontam para a ofensa aos princípios constitucionais trazidos no art. 1º, inciso IV e no caput do art. 5º da Constituição Federal da República, dentre esses, destaca-se os princípios da não discriminação, da liberdade, da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Decorre também desses princípios a garantia da autonomia da vontade (ou privada) e a autodeterminação, direitos esses que também são afrontados pela imposição trazida no inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002.

Os argumentos que pretendem fundamentar a existência e a persistência do inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, são escassos e de cunho patrimonialista. Isto é, visam a proteção do patrimônio do idoso e/ou de terceiros contra os possíveis “golpes” impetrados por “interesseiros” ardilosos. Porém, sopesados esses argumentos patrimonialistas mediante uma regra de interpretação constitucional cujos parâmetros são a necessidade, a razoabilidade e a adequação, não se sustentam diante da indisponibilidade de direitos fundamentais, como a dignidade de pessoa humana, que tem como pressupostos, o direito à autodeterminação, a igualdade, a liberdade, entre outros princípios que garantam uma existência digna.

Para sustentar a tese de que o idoso tem direito a uma existência digna com o exercício da liberdade, debateu-se nesse trabalho a capacidade do idoso para os atos da vida civil, concluindo-se, a partir da análise de vários autores, tanto do campo jurídico, quanto da área de saúde, que o envelhecimento não traz por si só a incapacidade. É possível o envelhecimento saudável, com lucidez e higidez física. Sendo assim, não se pode adotar o critério etário como fundamento de restrição aos idosos sem levar em conta a heterogeneidade deste grupo.

A abordagem sobre os efeitos do regime de separação obrigatória demonstrou que este regime impacta de maneira significativa na vida dos cônjuges – ressalvada a aplicação da súmula 377, do STF – impedindo-os dentre outras restrições, de concorrer com os descendentes por ocasião da partilha de bens e de amealhar o patrimônio adquirido por esforço comum. Este fato pode colocar o cônjuge viúvo ou divorciado em penúria econômica. Diante, de efeitos tão lesivos, pressupõe-se que a vontade dos cônjuges não tenha sido contemplada pois não foi perquirida. Conclui-se, que aos idosos deve ser garantido o direito de participar do debate sobre leis que possam impactar em suas vidas e escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver.

Por fim, diante das mudanças históricas e recentes reconhecimentos em relação a pluralidades formas familiares, que tem dado visibilidade a arranjos familiares não tradicionais, é oportuno lembrar que, espera-se que o idoso tenha liberdade para descolar dos papéis socialmente construídos para sua categoria social e, como qualquer outro sujeito, possa optar pela forma de família que melhor lhe convier, projetando-se e assumindo a própria existência diante da incertezas que as possibilidades naturalmente possam oferecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTUNES, Arnaldo; ORTINHO; JENECCI, Marcelo. **Envelhecer**. Disponível em: <http://www.arnaldoantunes.com.br/new/sec_discografia_sel.php?id=679>. Acesso: 02/12/2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8ª ed. SP/RJ: Livraria Freitas bastos S.A, [19-]. (Atualizado por Desembargador Isaías Beviláqua).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

BRASIL. **lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Brasília, DF, 1916.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. 4ª. ed. Brasília, DF: Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2007.

BRASIL. **Lei 12.344**, de 09 de dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. **Súmula 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidadaSumulas.asp>. Acesso: 12/11/2019.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 108**, de 2007. Altera o inciso II do Art. 1.641 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007. Histórico de Pareceres, Substitutivos e Votos. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=068AB137B8FF90E7770192A55C75959A.proposicoesWebExterno1?idProposicao=340507 Acesso em: 18/09/2019.

CANÇADO, Taynara Candida Lopes; DE SOUZA, Rayssa Silva; DA SILVA CARDOSO, Cauan Braga. **Trabalhando o conceito vulnerabilidade social**. 2014. Disponível em: http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf. Acesso: 13/12/2019.

CAMARANO, Ana Amélia. **O Idoso Brasileiro no Mercado de Trabalho**. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

COSTA ROSA, Tereza Etsuko. Redes de Apoio Social. In. LITVOC, Júlio; BRITO, Francisco Carlos de. **Envelhecimento: Prevenção e Promoção da Saúde**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004.

COULANGES, Numa-Denys Fuste de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas S. A., 1961. (Versão para eBook, 2006).

DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA, Raul César de Albuquerque. **A natureza jurídica como metáfora: o curioso caso do casamento como contrato**. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/download/230459/25010>. Acesso: 14/12/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. Art. 1641: **Inconstitucionais limitações ao direito de amar**, [2010?]. Disponível em: <mariaberenice.com.br>. Acesso em: 10/11/2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FELIPE, Thayza Wanessa Silva Souza; SOUSA, Sandra Maria Nascimento. A construção da categoria velhice e seus significados. **PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP**, Macapá, v.7, n. 2, p. 19-33, jul./dez. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 2).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

LITVOC, Júlio; BRITO, Francisco Carlos de. **Envelhecimento: Prevenção e Promoção da Saúde**. São Paulo: Editora Atheneu, 2004.

MAIO, Iadia Gama. O Envelhecimento e a capacidade de tomada de decisão: Aspectos jurídicos de proteção ao Idoso. **AMPID**, Natal, 2018. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2018/06/O-Envelhecimento-e-a-capacidade-de-tomada-de-decis%C3%A3o.pdf>. Acesso: 20/09/19.

DA SILVA MAILLART, Adriana e SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. Pensar – Revista Ciência Jurídicas, v.16, n.1, p. 9 - 34, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2144/1744> acesso: 14/12/2019

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia privada e autocomposição extrajudicial dos litígios**. Repositório Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10785/1/Ana.pdf> Acesso: 13/12/2019

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

ROSENDO, Adriano da Silva; JUSTO, José Sterza. Sentidos e espaços da velhice na legislação brasileira. In. TRENCH, Belkis; ROSA, Teresa Etsuco da Costa (Org.). **Nós e o Outro: envelhecimento, reflexões, práticas e pesquisa**. São Paulo: Instituto Saúde, 2011.

SILVA, José Luiz Mênaco da. **O casamento, o regime de bens à luz do direito comparado e o Novo Regime de Participação Final nos Aquestos**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2006. Acesso: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009477.pdf> em: 16/09/2019.

SOUSA, Mônica Teresa Costa; WAQUIM, Bruna Barbieri. Do Direito da Família ao Direito das famílias: A repersonalização das relações Familiares no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Ano 52, n. 205, jan. /mar. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/52/205/ri_v52_n205_p71.pdf. Acesso em: 15/09/2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). **Manual de Direito das famílias e das Sucessões**. 2 ed. Del Rei. Belo Horizonte. 2010

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TRENCH, Belkis; ROSA, Teresa Etsuco da Costa (Org.). **Nós e o Outro: envelhecimento, reflexões, práticas e pesquisa**. São Paulo: Instituto Saúde, 2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO. Sistema de bibliotecas e informação. **Guia para Normalização de Bibliografia de trabalhos acadêmicos**. Ouro Preto, 2017.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.