

A INCONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO AO REGIME DE BENS OBRIGATÓRIA PARA OS MAIORES DE 70 ANOS

ALVES, Leilane Bugarim¹
JOHANN, Marcia Fernanda²

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre questões relacionadas ao regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70, uma vez que é existente a inconstitucionalidade na vedação de escolha de regime de bens para maiores de 70 (setenta) anos. Sendo assim, a pessoa idosa é tratada de maneira discriminatória sem poder optar pelo seu próprio regime de casamento, existindo uma autotutela do Estado pelo simples fato do avanço da idade. Desse modo, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, é contrário a lei hierarquicamente superior, visto que, a Constituição Federal de 1988, deve ser obedecida no ordenamento jurídico, pois os princípios devem ser observados na elaboração das leis. O estudo se propõe ainda, analisar os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, a capacidade dos nubentes maiores de 70 anos, não obstante, alguns princípios constitucionais inerentes à pessoa, tais como os princípios relevantes no Direito de Família e os que comandam o casamento e o entendimento jurisprudencial com o objetivo de esclarecer a obscuridade da norma e contribuir com os operadores do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade, Maior de 70 anos, Regime obrigatório.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE VEDATION TO THE COMPULSORY PROPERTY REGIME FOR THOSE OVER 70 YEARS

ABSTRACT:

This paper aims to discuss issues related to the mandatory separation of assets for people over 70, since there is an unconstitutionality in the prohibition of choosing the property regime for over 70 (seventy) years. Thus, the elderly person is treated in a discriminatory manner without being able to choose their own marriage regime, and there is a self-protection by the State for the simple fact of advancing age. Thus, Article 1.641, item II, the Civil Code of 2002, is contrary to the hierarchically superior law, since the Federal Constitution of 1988 must be obeyed in the legal system, as the principles must be observed in the drafting of laws. The study also proposes to analyze the doctrinal positions on the subject, the ability of the bachelor over 70 years old, notwithstanding, some constitutional principles inherent to the person, such as the relevant principles in Family Law and those that command marriage and the jurisprudential understanding with the objective of clarifying the obscurity of the rule and contributing to the operators of the law.

KEYWORDS: Unconstitutionality, Over 70 years, Mandatory regime.

1 INTRODUÇÃO

O assunto a ser discorrido no presente estudo trata-se sobre o Direito de Família, tema que se faz relevante uma vez que, discorre da inconstitucionalidade na imposição do regime obrigatório

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: leylanewanky@gmail.com.

² Docente Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário FAG. E-mail: mferjohann@gmail.com.

de bens para os nubentes maiores de 70 anos de idade, sendo que, no corpo social, atualmente, a velhice não é vista como algo que debilite o indivíduo, através do acesso a saúde e saneamento o envelhecimento passou a ser mais saudável e vive-se muito mais, e isso acaba refletindo para que o idoso continue presente e ativo na sociedade devendo ter seus direitos respeitados.

Em que pese, a exigência do regime obrigatório de bens para maiores de 70 anos esteve recorrente desde o Código Civil de 1916, sendo revogado, no qual estabelecia a obrigatoriedade para as mulheres de 50 anos e aos homens de 60 anos. Com a alteração no Código Civil de 2002, a idade mudou de 50 para 60 anos com o intuito de respeitar o princípio da igualdade entre o homem e a mulher em decorrência de diversos apontamento sobre o tema, o Projeto de Lei nº 108/2007, por fim, alterou mais uma vez, a idade limite dos nubentes de 60 para 70 anos na qual se encontra hoje, e continua bastante discutido acerca da inconstitucionalidade.

No que tange a norma do regime da separação obrigatória de bens aos septuagenários, redação dada no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, no qual ocasiona divergência diante da inobservância do legislador em incluir no ordenamento jurídico uma ordem legal para obrigar os septuagenários casarem sob um regime da separação obrigatória, pois viola o maior princípio constitucional, que é o da dignidade da pessoa humana, e acaba levando à discriminação para com o idoso, presumindo uma incapacidade que é inexistente no Código Civil Brasileiro.

Além disso, a Carta Magna de 1988 que é a lei maior no ordenamento Jurídico Brasileiro incorporou a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado democrático de Direito, passando a ser utilizada como base na elaboração de normas, pois fortalece a proteção da liberdade do indivíduo, assim como a isonomia, os direitos fundamentais, devem garantir, a proteção ao indivíduo, o legislador ao impor um regime obrigatório atenta contra as garantias e princípios fundamentais da CF/88.

Nos casos dos incisos I e III do mesmo artigo, os demais também são submetidos a um regime obrigatório de regime bens, para aqueles que se casam com inobservância das causas suspensivas, e os que dependem de suprimento judicial existindo a opção de regulamentar a causa suspensiva, podendo assim escolher o regime que melhor se adequar, em casos em que a pessoa seja maior de 70 anos, é inexistente essa possibilidade, esta norma atenta contra a liberdade do idoso na sua capacidade de autodeterminação de seguir seu livre arbítrio, impossibilitando de agir de acordo com sua própria consciência, o Estado impondo essa norma, retira a autonomia do septuagenário de exercer sua liberdade, tal como os demais cidadãos, visto que, essas pessoas possuem maturidade suficiente para tomar suas próprias decisões, sem a necessidade da autotutela do Estado.

Contudo, o Estatuto do idoso representa um grande avanço social, pois reconhece as necessidades dos mesmos, visando a proteção do idoso na sociedade, determinando que nenhum

idoso poderá ser discriminado, sofrer violência, opressão, crueldade, violência, ou seja, possuidor dos mesmos direitos e deveres, então, tal imposição não é justa, o septuagenário com toda a sua experiência de vida consegue identificar as armadilhas amorosas, o artigo 1.641, inciso II, viola diretamente o direito de privacidade.

Neste contexto, destaca-se os seguintes objetivos específicos: argumentar sobre o regime obrigatório de bens do maior de 70 (setenta) anos, em descumprimento aos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade e igualdade, discorrer sobre a capacidade civil em relação ao maior de 70 (setenta) anos, e ainda, apresentar os pensamentos de doutrinadores, e estudiosos acerca do tema apresentado.

Nesses termos, o objetivo geral do artigo se pauta no sentido de constatar a inconstitucionalidade na obrigatoriedade do regime legal para os maiores de 70 (setenta) anos, com fulcro no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, por estar, contrário a lei hierarquicamente superior à Constituição Federal de 1988, do qual a Carta Magna deve ser obedecida no ordenamento jurídico, os princípios devem ser observados na elaboração de outras leis de inferior hierarquia. Ademais, analisar os posicionamentos doutrinários a respeito do tema, não obstante, serão abordados alguns princípios constitucionais inerentes à pessoa, tais como os princípios relevantes no Direito de Família e os que comandam o casamento.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DA IMPOSIÇÃO OBRIGATÓRIA AO REGIME DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS

Com relação ao regime de bens e o que gerencia o matrimônio do casal, a regra é que os nubentes escolham livremente o regime que mais lhe convém, no caso de silêncio da escolha será regido pelo regime de comunhão parcial de bens, e através do regime optado pelo casal será gerenciado o patrimônio, na constância do casamento, a exceção está no artigo 1.641, incisos I, II, e III do Código Civil de 2002, em razão da pertinência da tema destaca-se o inciso II, que traz a obrigatoriedade do regime legal de bens às pessoas maiores de 70 anos.

Segundo Gagliano e Filho (2013) o regime de separação convencional de bens tem como premissa a incomunicabilidade dos bens, tanto anterior e posterior, tratando-se de um regime que exige livre manifestação da vontade das partes, diferente do regime obrigatório que é estipulado pelo Estado, mas tem o mesmo efeito a separação dos bens.

Conforme Gonçalves (2018), o intuito do legislador é claro em tutelar o idoso pela posição em que se encontra, protegendo os idosos para não ser vítimas de pessoas aventureiras, com interesse somente patrimonial.

Utiliza-se da seguinte argumentação, quanto ao regime obrigatório dos maiores de 70 anos, o Código Civil de 1916, a idade exigida era do maior de 60 e da maior de 50, nessa época, o legislador entendia que nessa fase da vida, se presumia que o patrimônio dos nubentes já estava construído e portanto, estabilizado, a finalidade do legislador era de afastar o casamento que buscava cunho patrimonial de uma pessoa mais jovem com uma mais idosa, bastante debatido pela doutrina aumentou-se para 70 anos para ambos os nubentes, assim atendendo os novos padrões da sociedade, porém há quem conteste a constitucionalidade do mesmo, com base nos princípios fundamentais como da dignidade da pessoa humana (VENOSA, 2015).

No artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, o que se questiona pela doutrina e também a jurisprudência pela razão de diferenciação com o idoso, e acaba tratando como um indivíduo incapaz para escolher o seu próprio regime de bens, essa imposição protege seus herdeiros, tendo objetivo com um fim patrimonialista, ficando oposto a nova tendência do Código Civil contemporâneo, de preservar a dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2018).

Contudo, para Gagliano e Filho (2013) esta justificativa de que a separação patrimonial entre os septuagenários tem a intenção de proteger o idoso do chamado “golpe do baú” é inaceitável e passa a ser contrária a Constituição Federal, visto que, fica claro o afrontamento ao princípio da isonomia por tratar estes cidadãos de forma velada a sua interdição de forma parcial. A idade avançada não se torna causa de incapacidade, se existe o receio do idoso ser vítima de um golpe por conta da sua fragilidade causada por enfermidade, deficiência mental, que seja realizado o procedimento de interdição, mas não o Estado restringir os direitos dos maiores de 70 anos pela razão da idade avançada.

Corroborando a ideia, Schreiber (2018) afirma que não compete ao Estado evitar o “golpe do baú”, mas se abster deixando as pessoas direcionarem seu próprio destino, por sua vez, o casamento pode ocorrer com ambos os septuagenários, ou com patrimônio estabelecido, os maiores de 70 anos possuem maturidade suficiente para fazer suas próprias escolhas tanto seu regime de bens quanto de seu patrimônio.

A partir disso, a visão moderna de família possui orientação com base na felicidade, e deixou nos séculos passados os interesses somente patrimoniais, e sim pelo convívio, afeto, que ocorre na vida em comum, logo não se justifica limitar a capacidade de agir das pessoas, unicamente pelo fato da idade, presumindo-se por regra geral a falta de capacidade civil do septuagenário, tratando a lei de pretender tutelar da ambição humana, limitando a vontade ao

impedir de casar em regime de comunidade de bens, muito embora o noivo idoso não fique proibido de livremente dispor de seus bens nos demais praticados na vida civil, por exemplo, doar a futura esposa, por sua vez, que é inexistente a proibição de doação de bens de um consorte para o outro no regime obrigatório da separação de bens, já que não foi reprisado o artigo 312 do Código Civil de 1916, que vedava as doações no caso do regime obrigatório (MADALENO, 2018).

As demais hipóteses que a lei obriga a se casar com o regime obrigatório consegue notar preocupação do legislador em tutelar o patrimônio de outrem, porém no caso do maior de 70 anos presume-se total incapacidade mental, sem dar oportunidade de comprovar se existe a falta de sanidade mental, subtraindo a liberdade do idoso em escolher o regime de bens limitando sua vontade pelo critério de sua idade, de longe essa obrigatoriedade é uma norma protetiva, ao contrário disso, acaba sendo uma sanção (DIAS, 2013).

2.2 ACERCA DO ESFORÇO COMUM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.2.1 Possibilidade do Reconhecimento do esforço presumido pela súmula 377 do STF dada pela jurisprudência em alguns Tribunais de Justiça Brasileira

No ponto de vista de Dias (2013) há de reconhecer que em qualquer hipótese de imposição do regime legal, a separação trata aos bens presentes e não dos bens futuros, conquistado na vigência do casamento, o casamento gera comunhão plena de vida, em consequência do dever de mútua assistência, os cônjuges obtêm a condição de consortes, tornando-se, responsáveis pelos encargos da família, com o casamento acaba manifestando o vínculo de solidariedade, há quem não exerça atividade remunerada, por exemplo, o trabalhador doméstico, na grande maioria das vezes exercida por mulheres, mas a falta de remuneração em forma de pecúnia no final do mês não significa que as tarefas domésticas não desfruta de valor econômico, essa atividade auxilia bastante, na construção do patrimônio do casal, bem como possibilita que se economize e assim, ampliem o patrimônio dos nubentes.

Do mesmo modo, compreende-se que a contribuição não é somente de ordem econômica, por sua vez, é importante ressaltar a assistência moral, espiritual, dedicado ao curso do casamento, não guarda posição de inferioridade com relação a participação indireta tanto psicológica ou afetiva, aquele que trabalha nos afazeres domésticos, demonstrando sua contribuição indireta, terá jus a partilha aos aquestos (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Assim, compactuando com o entendimento doutrinário do ano de 2019, o relator José Carlos Ferreira Alves, da 2º Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferiu a seguinte decisão:

Rejeitaram os embargos nº 2271018-39.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Guarulhos, no qual o relatório trata-se de embargos de declaração, que negou provimento ao seu recurso de agravo de instrumento, com o fim de esclarecer obscuridade, pois não existiu provas nos autos que a embargada não contribuiu com o patrimônio objeto da ação. Sendo rejeitado, não há que se falar sobre obscuridade, já é reconhecido pela jurisprudência no sentido de que os bens adquiridos na constância sob regime obrigatório, serão partilhados, e não depende comprovação de esforço comum dos cônjuges, a corte aplica a súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Por isso, o imóvel adquirido na constância do casamento deve ser objeto de meação, respaldo jurídico pela súmula citada (BRASIL, 2019).

Outrossim, o relator Natan Zelinschi Arruda, no Agravo de Instrumento nº 2188338-94.2018.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente S -P, no ano de 2018, foi deferido em favor da viúva o direito à meação envolvendo patrimônio deixado pelo falecido com quem era casada no regime da separação obrigatória de bens. Inicialmente, os agravantes apresentaram retrospectiva processual, e aduziram que não teria sentido haver o regime da separação total de bens se não houvesse a incomunicabilidade de bens, salientando que não consta prova de esforço, afinal requerem o provimento do recurso, argumento que não foi provido.

Assim, nada há de ser modificado na decisão agravada, ainda que envolva casamento no regime da separação obrigatória, considera-se presumida a colaboração dos cônjuges, e não tendo havido prova de que o patrimônio tenha sido constituído anteriormente à sociedade conjugal, deve ser garantida a meação da viúva. Coadunando com a súmula 377 do STF, haja vista a presunção de esforço comum, devendo sobressair a comunicabilidade dos aquestos, conforme amplo entendimento jurisprudencial sobre o tema (BRASIL, 2018).

Conforme Arnaldo Rizzardo (2005) em sua obra descreve que no regime de separação obrigatória do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, comenta que segundo sua apreciação para que se sustente a comunicabilidade dos aquestos, a cooperação em comum do marido e da esposa, e a súmula 377 do STF foi editada pela natureza do casamento que gera comunhão plena de vidas, dada pelo artigo 1.511, em decorrência disso gera-se o dever da assistência mútua do artigo 1.566, inciso III, por adquirirem a condição de cônjuges, responsáveis pelos encargos da vida em família, assim como a solidariedade, não se justifica a vedação, pois acaba fomentando o enriquecimento ilícito indevido em relação ao outro.

Pode-se mencionar, por exemplo o recurso de apelação nº 70081448060 que foi interposta contra a sentença do juiz de 1º grau, uma vez que não reconheceu o esforço comum presumido, do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator José Antônio Daltoé Souza decidiu prover o recurso e constatou que quando se iniciou a união dos nubentes já possuíam idade superior a 70 anos, por isso, aplica-se o regime legal, e aplicando a súmula 377 do STF no intuito de reconhecer a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, admitindo a participação do companheiro à aquisição patrimonial não sendo necessária a participação de natureza financeira, portanto, presumindo o esforço comum (BRASIL, 2020).

Desta feita, o Desembargador Jorge Luis Costa Beber pontua seu voto na Apelação Cível nº 0001845-08.2012.8.24.0033, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na comarca de Itajaí, da 3ª Vara Cível, levou em consideração assistência mútua, conforme a seguir:

Insisto, a fim de evitar qualquer dúvida, que para a caracterização da contribuição mútua, desimporta saber qual foi a colaboração "econômica" prestada individualmente por cada um dos conviventes, justo que a expressão "esforço comum" não se refere, como já anunciado, exclusivamente à contribuição pecuniária comum e em partes iguais, mas à conjugação de esforços que deriva da relação de convivência mantida [...]

Com efeito, mesmo à míngua de maiores elementos que revelem a contribuição financeira da falecida para a aquisição do imóvel localizado em Itajaí, certo é que o casal vivia de forma harmoniosa, que ela dispensava todos os cuidados necessários à família, que havia, de fato, cumplicidade na relação, tanto que reconhecida uma duradoura união estável, que perdurou por quinze anos até a morte da companheira [...]

Destarte, porque a comunicação dos bens adquiridos na constância do relacionamento, nos casos envolvendo regime de separação legal, não se perfaz apenas diante da conjugação de esforços econômicos, mas também pela eloquente demonstração da assistência mútua durante a união, o cuidado dispensado à estruturação e conservação dos laços familiares, é que entendo que agiu com inteiro acerto o digno magistrado José Agenor de Aragão ao reconhecer a regularidade do inventário cuja anulação restou pleiteada (BRASIL, 2017).

2.3 DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO REGIME OBRIGATÓRIO

A seguir serão apresentados e analisados entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema abordado, sobre a obrigatoriedade do regime imposto ao maior de 70 anos, e como os tribunais se posicionam a respeito do artigo 1.641, inciso II.

Essa imposição estatal vai na contramão do Código Civil de 2002, com uma nova percepção contemporânea com respeito à dignidade da pessoa humana, deixando de ser patrimonialista, é bastante contestada pela doutrina majoritariamente e na jurisprudencial já se pode notar muitos arestos que sustentam sua inconstitucionalidade, a norma que impõe um regime obrigatório com pretexto da idade, em qualquer que seja ela fere a dignidade da pessoa humana e logo, é manifestamente contrária à Constituição Federal (TARTUCE, 2018).

A respeito disso, no ano de 2010 o Desembargador Osório de Araújo Ramos Filho, do Tribunal de Justiça de Sergipe, relator do incidente de inconstitucionalidade nº2010107802/2010, declarou como inconstitucionalidade do dispositivo 1.641, no inciso II, do Código Civil, aduzindo

que tal imposição legal desrespeita à dignidade humana, colocando esses indivíduos que são plenamente capazes, e que possuem abundante vivência, equiparando às pessoas sem maturidade, deixando sem capacidade civil (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido, destaca-se o incidente de inconstitucionalidade, visto a seguir:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana (BRASIL, 2014).

De acordo com o incidente de inconstitucionalidade no ano de 2014 foi provida pela turma do órgão especial, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ARG: 10702096497335002, os requentes propuseram uma ação de alteração do regime obrigatório para comunhão parcial, no qual foi extinto sem resolução do mérito, os autores descontentes com decisão apelaram, com principal argumento a inconstitucionalidade da norma, a câmara ao analisar a apelação reconheceu a inconstitucionalidade, o ilustre Desembargador José Antonino Baía Borges (Relator) em seu voto destacou:

A escolha do regime de bens no casamento é um direito patrimonial, essencialmente disponível, por isso, a meu ver, desarrazoada e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada. A pessoa maior de sessenta anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, especialmente nos dias de hoje, diante do aumento da expectativa de vida. A incoerência dessa norma fica ainda mais evidente se levarmos em conta que pessoas com idade superior a sessenta anos podem exercer cargos de grande importância para a nação, tais como Presidente da República, Presidente do Congresso Nacional, Juiz de Direito, Desembargador, Ministro de Corte Superior e, no entanto, não poderiam escolher o regime de bens do casamento (BRASIL, 2014).

Outro ponto relevante, a apelação nº 70052798303, da Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi julgada em 24 de janeiro de 2013, teve como relatora Liselena Shifino Roles Ribeiro que negou provimento de uma Ação de Alteração de Regime de bens com cônjuge com regime obrigatório, nas razões recursais os apelantes enunciam que ocorreu a alteração legislativa uma vez que a idade imposta era do maior de 60 anos e no ano de 2010 ocorreu a alteração para o maior de 70 anos, e então, passa a permitir que pessoas com idade inferior a 70 anos escolha seu regime de casamento, alegando que não causariam prejuízo de terceiros ou herdeiros, com o pedido de alteração para comunhão parcial, não pretende estabelecer uma nova união, somente estender os efeitos dos atos já consolidados, como casaram-se em 16 de dezembro de 2008, todavia, o Ministério Público manifestou pelo desprovimento, justificando que o regime

específico da imposição obrigatória sendo regra cogente, pois o varão possuía 67 anos, alterada pela idade para maior de 70 anos normativa pela Lei nº 12.344, de 2010, a legislação vigente dada ao artigo, 1.639, § 2º, do Código Civil, admite a alteração sob autorização judicial em pedido motivado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, porém, não se extrai entendimento que a norma citada permite alteração do regime de bens legais, somente aquele que for eleito pelo casal, para que exista hipótese de alteração não deve existir óbices legais por possuir mais de 70 anos a legislação impõe regime obrigatório (BRASIL, 2013).

Nota-se a posição das apelações mencionadas anteriormente, de não reconhecer a possibilidade de alteração, demonstram que foi levado em consideração aquele que casou sobre norma anterior ao regime obrigatório, por sua vez, maiores de 60 anos, e na data da propositura da ação de alteração de regime um dos nubentes não tiver atingido a idade limite de 70 anos, conforme art. 1.641, inciso II.

Assim, também se posicionou o Desembargador Jair de Souza, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator da apelação nº 1001138-32.2019.8.26.0062, negou provimento do recurso de Ação de alteração de regime obrigatório para regime parcial com efeito retroativo, a parte recorrente defende que só se casou pelo regime obrigatório em virtude da obrigação do artigo 1.641, inciso II, e que vivem juntos há mais de 10 anos, período que o cônjuge ainda não tinha 70 anos, declara que o direito brasileiro não veda a alteração do regime de bens, entre outros argumentos, e devido ao regime obrigatório cria-se uma espécie de incapacidade. No entanto, o Desembargador Jair de Souza em seu relatório relata que por existência expressa do artigo 1.641, inciso II, impõe o regime obrigatório ao maior de 70, ainda que admita-se justificativa que convivem em uma união estável há mais de 10 anos, ainda assim, o pedido não seria plausível por violação expressa da norma, posto o nubente quanto completou 60 anos, não vivia em uma união, e a partir disso, já era existente o regime obrigatório, e quando completou 70 anos em 06 de janeiro de 2010, a Lei nº 12.344/10, entrou em vigor, mudando a idade para maior de 70 anos, portanto, o pedido vai contra a legislação por qualquer ângulo que se analise, sendo improcedente o pedido (BRASIL, 2020).

Corroborando o pensamento, Tartuce (2018) menciona que o artigo 1.639, § 2º, do Código Civil, é uma norma que se aplica em qualquer regime de bens, seja anterior ao Código Civil ou posterior ao Código de Civil de 2002.

Em decorrência dos argumentos apresentados, no ano de 2019 a Desembargadora Maria das Graças Moraes Guedes do Tribunal de Justiça da Paraíba, proveu a Apelação Cível nº 0000143-83.2014.815.0881, que trata-se de uma apelação contra a sentença do juízo de primeiro grau, de

Ação de Alteração do Regime de Bens, o julgador compreendeu não ser possível a modificação do regime obrigatório, por ser uma infringência a norma legal, os apelantes nas razões recursas alegam que contraíram casamento em 24 de março de 2010 sob o regime obrigatório, dado pela Lei nº 10.406, à época aos que possuíam idade superior a 60 anos, tal regra foi alterada de 60 para 70, redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010, aduzem ainda que nada impede a alteração pleiteada, pois já viviam em uma união estável desde o ano de 1989, e que nesse período a idade era inferior a 60 anos, e por sua vez, já foi superada a causa que impôs a separação obrigatória, em seu voto a Relatora destaca que já iniciado uma união estável em período que o companheiro possuía menos de 60 anos ou menos de 70, após modificação da redação dada pela Lei nº 12.344/2010, e reconhecido a existência da união estável, não há como prevalecer o regime legal da separação de bens, não existe impedimento de modificação para comunhão parcial, e a ingressão da ação não contava com idade de septuagenário, portanto, diante do exposto deve ser reconhecido o direito dos apelantes (BRASIL, 2019).

De todo modo, é possível reconhecer que a tendência da jurisprudência do não reconhecimento da alteração do regime de bens para aqueles que foi imposta em face da idade, somente se reconhece caso já for superado a causa que o impôs, em virtude da mudança da norma, no caso de um dos noivos ter a idade limite, dado pela lei atual que são os maiores de 70 anos, ora admitir tal possibilidade estaria indo na contramão legislativa, no entanto, essa restrição é flagrantemente inconstitucional (DIAS, 2015).

2.4 DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

2.4.1 Do princípio da Igualdade

No tocante ao artigo 5º caput, da Constituição Federal, que trata das garantias e direitos fundamentais de cada indivíduo, este é sem dúvida, um dos artigos mais importantes contidos na Constituição Federal de 1988, que foi chamada de cidadã, por ser uma Constituição mais democrática. Transcreve-se, por pertinência, o referido artigo: “art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, dentre os demais direitos fundamentais, o princípio da igualdade é primordial dentro do Estado Democrático de Direito “o Princípio da isonomia é o centro medular do Estado social” (BONAVIDES, 2007, p. 373).

Desse modo, a isonomia é crucial em uma democracia, não devendo somente ser um enunciado legislativo, deve-se haver maneiras de que o Estado busque mecanismos para valer a aplicabilidade de tal princípio em valor de sua importância.

Acrescenta-se ainda, que é vedada a elaboração de leis que estabeleça desigualdades entre as pessoas tanto para privilégios ou para perseguir um determinado grupo, da mesma maneira que, veda-se também o tratamento discriminatório para pessoas que se encontrem nas mesmas situações (PINHO, 2006).

O princípio da igualdade deve assegurar na própria lei, o sistema jurídico deve assegurar proteção social a todos, com tratamento isonômico e respeitando a diferença, ou seja, não devem existir preconceitos, e postura arbitrária por parte do legislador respeitando a Constituição Federal (DIAS, 2015).

Sendo assim, a imposição de separação absoluta de bens aos maiores de 70 (setenta) anos desconsidera o princípio da isonomia, uma vez que as demais pessoas podem escolher em qual regime de bens pretendem se casar.

2.4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Ordenamento Jurídico

Os direitos fundamentais são considerados indispensáveis a todas as pessoas, por ser necessário assegurar a todos uma existência digna, livre, e igualitária, e o Estado é obrigado a reconhecer, concretizar, e introduzir no dia a dia das pessoas (PINHO, 2006).

É o que dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu 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” (BRASIL, 1988).

A dignidade é algo inerente à pessoa, e é manifestada através da autodeterminação com efeito de ser o único responsável por escolhas, o estatuto jurídico deve fazer limitações no exercício dos direitos fundamentais somente em exceções, porém com a devida cautela para não depreciar as demais pessoas (MORAIS, 2012).

Pode-se entender nos ensinamentos de Pinho (2006), que a dignidade da pessoa humana deve ser absoluta e com respeito aos direitos fundamentais para assegurar a possibilidade de condição digna de existência para todos os cidadãos.

De acordo com Madaleno (2018) existe a necessidade de uma avaliação, antes de simplesmente impor uma idade sem justificativa, não meramente tirar uma conclusão precipitada, que com o passar do tempo o cidadão perca a sabedoria, já que, o passar do tempo é algo natural, e

também inevitável, não se conclui como um fator determinante para a perda de suas faculdades mentais, salvo comprovadamente.

Soma-se a isto, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios do ordenamento brasileiro posto que, é inegável a proteção que está em questão, o novo Código de Processo Civil traz normas que valorizam este princípio, e também traz como direção principiológica para aplicação do Direito, que é ressaltada no artigo 8º. do Código de Processo Civil, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (TARTUCE, 2018).

Neste sentido, a definição de dignidade não é tarefa fácil, a noção de dignidade da pessoa humana tem um valor fundamental de respeito à existência humana, e muito mais que garantir que o ser humano sobreviva, deve-se também assegurar o direito de viver plenamente para que possa buscar sua realização pessoal (GAGLIANO e FILHO, 2013).

2.4.3 Princípio da Liberdade no Ordenamento Jurídico

Este princípio vislumbra sobre a liberdade do poder de escolha, no caso discutido o próprio regime de bens, do modo que achar mais adequado tanto para efetivar uma união com uma pessoa ou até mesmo desunir entidade familiar construída sem interferência ou imposições externas de demais pessoas, tanto social ou legislativa, tornando-se livre ao adquirir e administrar seu patrimônio familiar, circunstância que bem entender, respeitando os demais princípios constitucionais (LÔBO, 2011).

Tanto a liberdade quanto à igualdade são princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, para garantir e respeitar a dignidade da pessoa humana, a função do Estado democrático de Direito é organizar, coordenar e limitar as liberdades, para tutelar a liberdade individual de cada um (DIAS, 2015).

Em adição, a liberdade e o livre-arbítrio que cada um possui para escolher seu próprio destino, sua plena capacidade de escolha, de acordo com sua consciência, esse direito sempre envolve duas ou mais alternativas (PINHO, 2006).

Insta salientar, que após análise do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro, Subtítulo I, o Estado urge pelo regime de bens do idoso tirando sua liberdade, uma vez que agride princípios de suma importância e garantias trazidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Neste contexto, Dias (2015) destaca que é inconstitucional a imposição compulsória do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, uma vez que afronta o princípio da liberdade.

2.5 PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.5.1 Princípio da Função Social

Conforme Gagliano e Filho (2013) este princípio tem uma perspectiva constitucionalista, cuja função eudemonista, que busca realização plena de cada membro familiar, a própria família será ambiente propício à dimensão de existência de cada indivíduo.

Por sua vez, na seara familiar pode ser observado que há necessidade ao respeito a igualdade entre os cônjuges e companheiros, respeito a diferença em arranjos familiares, em todos os casos o objetivo principal da função familiar, tendo em vista suas características para o meio de realizações de anseios e pretensões para buscar a felicidade na relação aos demais membros da família (GAGLIANO e FILHO 2013).

2.5.2 Princípio da Afetividade

No tocante ao princípio da afetividade que ganha cada vez mais força no campo do Direito de Família brasileira, tenta-se definir que o amor não é tarefa fácil a qualquer estudioso, porém apesar da dificuldade de concluir o tema discutido não significa que este seja inexistente (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Segundo Dias (2015), o afeto não é somente uma ligação entre os membros da família, mas também tem um viés externo, entre as relações interpessoais de afetividade. Somando-se a isto, o Direito ao afeto está ligado ao Direito fundamental à felicidade, fazendo-se necessário o Estado criar mecanismos para que as pessoas possam realizar desejos racionais e legítimos. Por mais que palavra afeto não esteja descrita no texto constitucional, interligou-se no âmbito de proteção nas relações familiares, como por exemplo, reconhecimento da união estável, o Estado reconheceu como grupo familiar digna de proteção.

Desse modo, o amor e a afetividade possuem várias faces e complexidades, sua presença está extremante presente no Direito de Família, por este motivo o princípio da afetividade é aplicado como Direito Constitucional da família brasileira, para reconhecer arranjos de famílias, entre outros (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Em síntese, o afeto atualmente é apontado como fundamento das relações familiares, não há dúvidas que esse princípio tem valor jurídico e com aplicabilidade no âmbito do Direito de Família (TARTUCE, 2018).

2.6 DIREITOS ASSEGURADOS AOS IDOSOS

Os direitos da pessoa idosa estão elencados na Lei nº 10.741, criada em 2003, intitulada como Estatuto do Idoso, que regulamenta os direitos das pessoas idosas. O Estatuto do Idoso visa proteger o idoso em nossa sociedade, determinando que nenhum idoso poderá ser discriminado, sofrer violência, opressão, crueldade, da forma que, também considerada violência, a ação ou omissão em locais públicos ou privados (BRASIL, 2003).

Ainda, o Estatuto representa um grande avanço social, surgindo com ênfase na Constituição de 1988, reconhecendo a necessidades dos mesmos e estimando as normas constitucionais.

Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

Ao que se refere o Capítulo II do mesmo Estatuto, sobre o direito à liberdade, ao respeito e a dignidade, segundo o art.10:

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

§ 1.º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I - faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão (BRASIL, 2003).

Posto isso, percebe-se que garantias constitucionais são afrontadas pelo artigo 1.641, inciso II, visto que, o idoso é protegido pela sociedade, não podendo ser descriminalizado, ser tratado diferente das demais pessoas, tanto a Carta Magna de 1988 quanto o Estatuto do Idoso presa pela liberdade, igualdade, possuidor dos mesmos direitos, a impossibilidade de escolha do seu próprio regime de bens, o trata de forma discriminatória.

Isto posto, o maior de 70 (setenta) anos tem os mesmos direitos que os outros cidadãos, possuindo deveres e obrigações, e possuidor de plena capacidade para praticar os atos da vida civil, impedir que o idoso escolha seu próprio regime matrimonial, o legislador supõe que o septuagenário não possui lucidez para proteger seu patrimônio, e então, age arbitrariamente colocando em uma espécie de incapacidade.

2.6.1 Da Capacidade Civil do Idoso

A capacidade civil, no âmbito jurídico, é a capacidade de o indivíduo praticar os atos da vida civil, atuando plenamente em sua vida, aptidão para garantir seus direitos, dessa forma a incapacidade civil consiste em não estar apto para o exercício dessas práticas (BRASIL, 2002).

Ao passo que a norma que trata a capacidade de fato e capacidade de direito ou de gozo, é aquela na qual o cidadão tem direitos e deveres, que todos os indivíduos possuem sem quaisquer distinções (TARTURCE, 2018).

Todos os indivíduos têm capacidade de direito (gozo), e capacidade de fato (exercício), via de regra, uma vez que a incapacidade é exceção. No que versa sobre a capacidade de fato que é a capacidade de a pessoa exercer os atos da vida civil, tal aptidão requer critérios, na falta de um destes o indivíduo não será plenamente capaz (VENOSA, 2014).

Importante ressaltar que à luz do art.1º, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, com exceção ao que refere à incapacidade, no art. 4º do Código Civil e seus parágrafos que em nenhum momento menciona o maior de 70 (setenta) anos (BRASIL, 2002).

Corroborando a ideia, Gagliano e Filho (2013) afirmam que existe uma violência ao princípio da isonomia, por conta de tal estabelecimento legislativo, que é uma forma velada da interdição parcial do idoso, o mero avanço da idade não é causa de incapacidade. Recomenda-se, que na falta de discernimento, o trâmite seja a interdição, e não a restrição legal sem um exame que comprove tal incapacidade (SCHREIBER, 2018).

Em face ao exposto, acerca da capacidade do idoso, Dias (2015) ressalta que não é necessário retornar em legislações anteriores para revelar que o legislador nem sempre está vigilante à dignidade da pessoa, uma vez, que é inaceitável a lei presumir que a partir dos 70 anos, ninguém mais possua capacidade plena, porém se sentir o desejo de casar não poderá escolher o regime de bens.

2.7 ACERCA DA NATUREZA DO CASAMENTO

A união pelo casamento busca uma cooperação recíproca, assim como assistência moral, afetiva e espiritual, no entanto, o casamento não deve almejar conteúdo somente econômico, mas essa união terá reflexos patrimoniais após desfazer esse vínculo conjugal (VENOSA, 2013).

Nas palavras de Dias (2008), no casamento se altera o estado civil de solteiros para casados, já que o casamento é uma relação profunda, pois os consortes assumem direitos e deveres mutuamente, com consequências não somente na vida pessoal, mas no âmbito patrimonial também.

Nesse sentido, Schreiber (2018) destaca que o casamento não pode ser qualificado como um mero contrato, pois o casamento não tem cunho econômico, mas de natureza existencial, sendo um ato jurídico complexo e solene. Apesar de o casamento produzir efeitos patrimoniais não condiz com uma natureza de contrato.

2.8 A ALTERAÇÃO QUE MODIFICOU A IDADE LIMITE DE 60 PARA 70 ANOS DOS NUBENTES – LEI Nº 12.344/10

2.8.1 Da opinião da Doutrina em Decorrência da Alteração da Idade

O Código Civil de 1916 que foi revogado, estabelecia a obrigatoriedade aos 50 anos para as mulheres e aos 60 anos para os homens, ocorreu que no Código Civil, de 2002, mudou a idade de 60 anos para ambos os cônjuges (MIGALHAS, 2012).

Em decorrência de tais discussões sobre o tema, a Deputada Federal Solange Amaral criou na Câmara o Projeto de Lei de nº 108/2007, para alterar a idade limite dos nubentes de 60 para 70 anos, conforme pertinente justificativa:

Nos primórdios do Século XX, a expectativa de vida média do brasileiro variava entre 50 e 60 anos de idade, a Lei No. 3.071, de 10. de janeiro de 1916, o que condicionou o legislador a estabelecer que nos casamentos envolvendo cônjuge varão maior de 60 anos e cônjuge virago maior de 50 anos deveria ser observado o Regime de Separação Obrigatória de Bens, norma expressa no inciso II do Art. 258 daquele Estatuto. Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas 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. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa (BRASIL, 2007).

Apesar da resistência doutrinária, o Código Civil manteve a restrição da idade na Lei nº 12.334/10 e aumentou para maior de 70 (setenta), para ambos os nubentes igualando as idades com respeito a constitucional da igualdade do homem e da mulher (VENOSA, 2013).

Na visão de Tartuce (2018), conforme a mudança da idade pela Lei nº 12.344/2010 independente de qual seja ela, o fato de aumentar a idade para maior 70 (setenta) anos para ambos, não afasta o problema da inconstitucionalidade.

2.8.2 Da expectativa de vida do Idoso no Brasil

Atualmente mudou-se bastante o estereotípico do idoso, pesquisas mostram que os cidadãos acima de 60 anos estão cada vez mais presentes no mercado de trabalho, o motivo é a longevidade que faz com que as pessoas tenham uma vida mais produtiva, os dados apontam uma queda na taxa na mortalidade infantil, e com isso, aumento da expectativa de vida, o que se visualiza no futuro cerca de 19 milhões da população brasileira acima dos 80 anos de idade, a partir de 2060 (POLITIZE, 2017).

Segundo dados do IBGE, divulgados em 2018, projeta-se que o Brasil possui mais de 28 milhões de idosos com 60 anos ou mais nessa faixa etária, sendo que, esse número representa 13% do povo brasileiro, de modo que, esse percentual a tendência é dobrar nos próximos 10 anos (BRASIL, 2019).

Em decorrência disso, o Brasil nos últimos anos, através da saúde, do avanço na medicina, vem aumentando a qualidade de vida das pessoas, o que acaba refletindo na longevidade da população, as pessoas que chegam na terceira idade possuem mais qualidade de vida, diferente do que ocorria no passado (DIAS, 2008).

De todo modo, é importante ressaltar que, os idosos estão participando cada vez mais da vida social, política, cultural, demonstrando que com o aumento da expectativa de vida da melhor idade, melhorou-se a qualidade de vida, a partir disso, é de suma importância reconhecer que nem todo envelhecimento ocasiona a incapacidade do indivíduo (CARVALHO e WAQUIM, 2015).

A sociedade deve retirar os preconceitos ao redor do idoso, cada pessoa envelhece de uma forma, não se envelhece como antigamente, de modo que, esses indivíduos por mais que tenham a mesma faixa etária, enquanto uns envelhecem psicologicamente, outros praticam esporte, e levam a vida de forma saudável e feliz (MADALENO, 2018).

Além disso, a idade avançada não significa enfermidade mental, ou deficiência, ao contrário disso, uma pessoa pode viver muito tempo sendo idoso, sem comprometer, sua rigidez mental, é claro que as habilidades acabam reduzindo com o passar dos anos, porém é uma circunstância natural da vida, mas não razoável para reduzir a capacidade de exercício em virtude da idade (LÔBO, 2010).

2.8.3 Aplicabilidade da súmula 377 STF ao maior de 70 anos

A incidência da súmula gera divergências em seu entendimento uma vez existente a discussão entre os doutrinadores se ainda está em vigor, pois foi editada em 1964, ou já perdeu a eficácia em face ao Código Civil de 2002 (SCHREIBER, 2018).

De acordo com Dias (2015), além de obrigar o indivíduo maior de 70 anos casar em um regime obrigatório, não somente os bens particulares adquiridos antes do casamento não vão se comunicar, tanto os bens futuros, quanto os aquestos bens adquiridos na convivência conjugal, não estarão sujeitos a comunicabilidade, por conseguinte, foi editada a súmula 377, do STF - Supremo Tribunal Federal: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 1964).

Com o intuito de assegurar direito à meação, sobre a propriedade construída durante os laços matrimônios, para evitar enriquecimento ilícito um em relação ao outro, fica presumido o esforço comum com a interpretação da súmula citada, não importando a comunhão de esforços (DIAS, 2015).

Ainda segundo o autor, houve grande divergência entre o Superior Tribunal de Justiça com o teor da súmula 377 - STF, o STJ com o fundamento de evitar confusão do regime de comunhão parcial de bens, que são todos os bens adquiridos na constância do casamento e pertencente ao casal, serão divididos por igual na dissolução do casamento, afastou a presunção do esforço comum no caso do regime obrigatório, ou seja, deverá provar sua participação na aquisição do bem.

Conforme Tartuce (2018), a súmula 377 do STF é bastante conflituosa no Direito de Família, uma vez que ainda se incide a súmula, não existirá separação de bens absoluta, por consequência da união alguns bens acabam se comunicando, porém na opinião do autor deve-se provar o esforço em comum do casal.

Por haver discordância sobre o conteúdo da Súmula 377 do STF no Superior Tribunal de Justiça, por não obter entendimentos condizentes sobre o tema houve a necessidade de um entendimento harmonioso, com o objetivo de uniformizar os entendimentos foi publicado o Informativo 628, em 27 de julho de 2018 (BRASIL, 2019).

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. Esse esforço comum não pode ser presumido. Deve ser comprovado. O regime de separação legal de bens (também chamado de separação obrigatória de bens) é aquele previsto no art. 1.641 do Código Civil. STJ. 2ª Seção. EREsp 1.623.858-MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23/05/2018 recurso repetitivo (BRASIL, 2018).

Neste contexto, conforme destacado por Souza e Neto (2019), esse informativo pronunciou que cabe ao interessado evidenciar sua participação no esforço não somente material para aquisição dos bens do casal ao ser dividido com uma possível dissolução do casamento, a aplicabilidade da súmula 377 do STF não concede o direito à meação dos bens adquiridos durante o casamento sem demonstrar o esforço comum para obter o patrimônio.

2.9 DAS OPINIÕES DOS ESTUDIOSOS SOBRE O TEMA

A seguir serão expostas as opiniões de estudiosos acerca do tema tratado neste estudo. Para tanto, serão apontadas opiniões dos estudiosos acerca do presente tema.

Das três hipóteses em que é possível pelo Código Civil aplicar o regime de separação de bens, a hipótese que se trata do nubente maior de 70 anos não é justificada tanta interferência do Estado, portanto evidentemente inconstitucional, foi constituído por preconceito somente pelo fato da idade, ferindo os princípios da Carta Magna (SCHREIBER, 2018).

Diante disso, o regime de separação de bens além de colocar o maior de 70 anos como incapaz, poder escolher o regime de bens, nega-lhe as consequências patrimoniais do casamento, pelo motivo, de que não é permitido a divisão de bens adquiridos durante a vida em comum. Gerando assim enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em desvantagem ao outro (DIAS, 2015).

A norma prevista é absurdamente inconstitucional a justificativa da separação patrimonial acima de determinada idade com intuito de proteger o idoso de possíveis aventuras amorosas de quem pretende aplicar o “golpe do baú” não é convincente (GAGLIANO e FILHO 2013).

Nesse passo, acompanhando a linha de raciocínio de Schreiber (2018), não compete ao Estado interferir tão bruscamente na autonomia da pessoa humana, pois quem deve decidir sobre questões de seu destino, de sua vida e de seu patrimônio é o próprio indivíduo.

Em que pese, a grande maioria da corrente doutrinária e jurisprudencial aponta a inconstitucionalidade, pelo fato de discriminar o idoso, tratando como incapaz de escolher seu regime de bens. Esta previsão que impõe um regime legal, mais protege seus herdeiros, do que o idoso, tendo um aspecto profundamente patrimonialista (TARTUCE, 2018).

Somando-se a isso, é reconhecido doutrinariamente inconstitucionalidade, o Enunciado número 125, da I Jornada de Direito Civil propõe a revogação do artigo 1.641, inciso II, justificando:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar

etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses (BRASIL, 2002).

No entendimento de Dias (2015) é uma afronta ao princípio da isonomia e por isso é injustificável tal imposição proibir a escolha dos noivos, e em virtude dessa limitação acaba se tornando mais vantajoso viver em uma união informal.

Posto isto, não é possível extrair dessa imposição uma justificativa plausível, simplesmente pelo fato de ser inexistente (GAGLIANO e FILHO, 2013).

Colaborando com o entendimento dos autores, o Deputado Cleber Verde é autor do Projeto de Lei nº 189/2015, que foi apresentado em 04 de fevereiro de 2015, com objetivo de revogar o dispositivo 1.641, inciso II, do Código Civil, que obriga a adoção do regime de separação obrigatória a pessoa maior de 70 (setenta) anos, para que esses cidadãos possam exercer o direito de escolha, e que cabe somente a ele decidir sobre seu futuro, para que seja respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2015).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que a imposição do regime obrigatório se perpetua desde o Código Civil de 1916, e com passar dos anos a idade foi aumentando para chegar na idade atual de maior de 70 anos, apesar da faixa etária atual, continua-se restringindo os direitos e garantias da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, a CF/88, resguarda os direitos de todos os indivíduos, o Estado deve assegurar a todos uma vida digna, igualitária, sem qualquer tipo de discriminação, no qual o artigo 1.641 do Código Civil, inciso II, nitidamente restringe a liberdade dos septuagenários em escolher seu próprio regime de bens, tratando-os de forma discriminatória, uma vez que, as demais pessoas podem escolher o regime que bem entender. Neste sentido, o regime obrigatório, é uma grande interferência do Estado, restringindo a vontade dos nubentes, e aplicando um regime obrigatório, tratando os maiores de 70 anos de forma desigual, violando o princípio da igualdade, tirando o direito de escolha impondo um regime obrigatório, simplesmente em razão da idade.

O legislador presume uma incapacidade do septuagenário e não leva em consideração que essas pessoas tem maturidade suficiente para identificar um casamento que visa somente o patrimônio, questão bastante controversa, pois não significa que com o passar dos anos se perde a rigidez mental, pois ser maior de 70 anos não causa restrição para praticar os atos da vida civil.

Além disso, o Estatuto do Idoso, assegura a esses indivíduos o respeito à dignidade da pessoa humana, possuidor dos mesmos direitos e deveres, por consequência disso, é coibido, qualquer tipo de violência ou constrangimento, contrária a Constituição Federal, posto que, interfere nitidamente nas decisões particulares dos maiores de 70 anos.

Por fim, de todo exposto, chega-se à conclusão que no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, o legislador não levou em consideração os princípios basilares da CF/88, como o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, por consequência e contrária a Constituição Federal, portanto, inconstitucional, e deve ser revogada, não existe argumento considerável para aceitar tal imposição, somente em virtude da idade, já que, interfere em seu direito de escolha, após análise e julgados proferidos encontra-se posições com relação a inconstitucionalidade, assim como, a doutrina majoritariamente alega e reconhece tal posicionamento, verifica-se que a vedação de escolha ao maior de 70 anos em decidir qual regime de bens é melhor para si, denota-se flagrantemente inconstitucional e tomada de preconceito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. **Lei n. 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados/coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/doutrina/direitocivil-geral/502-enunciados-aprovados-i-jornada-de-direito-civil>. Acesso em: 24 mar. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 189, de 04 de fevereiro de 2015**. Revoga dispositivo que estabelece a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945886>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 108/2007, de 2007**. Autoria: Deputada Solange Amaral Altera o inciso II do Art. 1.641 da Lei No. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=36BB08F7E0296ADB

C509FADAA1F4499B.proposicoesWeb2?codteor=434685&filename=PL+108/2007%3E. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo comentado: Informativo 628-STJ. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/09/info-628-stj-resumido.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

_____. Tribunal de justiça da Paraíba. Apelação cível. Ação de alteração do regime de bens. Separação total por obrigatoriedade da redação original do art. 1.641 do cc. Cônjuges com idade superior a 60 anos. Modificação da regra pela lei nº 12.344/2010. Ampliação da idade para 70 anos. União estável de duas antes do casamento. Décadas. Aplicação do art. 1.639, § 2º do cc. Provimento. Relator Maria das Graças Moraes Guedes em 29 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.tjpb.jus.br/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação. Ação de alteração de regime de bens com pedido de efeito retroativo (ex tunc). Cônjuges que já contava com 77 (setenta e sete anos) quando do enlace matrimonial (ocorrido em 2017). Migração do regime de separação total para comunhão parcial inviabilizado por expressa disposição legal. Inteligência do art. 1.641, II do CC. Peculiaridades do caso que tornam descabida a pretensão autoral até mesmo quando considerada a reforma operada pela lei 12.344/2010, responsável por alterar o limite etário em debate de 60 para 70 anos. Sentença mantida. Adoção do art. 252 do RITJ. Recurso desprovido. Relator Jair de Souza. 4 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Alteração regime de bens. Cônjuges com mais de 70 anos. Impossibilidade. Não cabe a alteração de regime de bens do casamento pretendida, em razão do que preconiza o art. 1.641, inc. II, do cc, pois é obrigatório o regime de separação de bens de pessoa com mais de 70 anos de idade. Negado provimento. Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro. 24 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação civil. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Pleito de Partilha de valores depositados em conta bancária no curso da união estável cabimento. Idade dos conviventes ao tempo do início da união estável que impõe o regime da separação obrigatória de bens. Incidência da súmula nº 377 do STF. Presunção de esforço comum. Sentença reformada no ponto. Relator José Antônio Daltoé Cezar. Acórdão de 28 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 04 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Inventário. Viúva casada sob o regime da separação obrigatória de bens, em razão da idade. Direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Presunção de esforço comum. Comunicabilidade dos aquestos. Aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Agravo desprovido. Relator Natan Zelinschi de Arruda. Acórdão de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 07 set. 2020

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Incidente de inconstitucionalidade - direito civil - casamento - cônjuge maior de sessenta anos - regime de separação obrigatória de bens - art. 258, parágrafo único da lei 3.071/16 - inconstitucionalidade - violação dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Relator José Antonino Baía Borges. Acórdão 12 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação civil. Ação de nulidade de inventário c/c restituição de herança. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. União estável reconhecida em processo autônomo. Companheiro que, ao tempo do início do relacionamento, contava com mais de 60 anos de idade. Imposição do regime de separação obrigatória de bens. Exegese do art. 258, ii, do código civil de 1916. Possibilidade de comunicação dos bens havidos na constância da união estável. Súmula 377 do stf. Necessidade, todavia, de prova da participação na formação do patrimônio comum[...]. Recurso conhecido e desprovido. Relator Jorge Luis Costa Beber. Acórdão 26 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. Incidente de inconstitucionalidade – Regime de bens – separação legal obrigatória - nubentes sexagenários - inciso II, do art.1641, do código civil - dispositivo que fere o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto á sorte de seu patrimônio disponível-presunção de incapacidade por implemento da idade-inconstitucionalidade declarada. Relator Osório de Araújo Ramos Filho. Acórdão de 17 de novembro de 2010. Disponível em: <https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse>. Acesso em: 01 set. 2020.

_____. Tribunal de justiça de São Paulo. Embargos de declaração/inventario. Embargos de Declaração - Obscuridade – Inexistência–Prequestionamento-Acórdão bem fundamentado – Embargo rejeitados. Relator José Carlos Ferreira Alves. Acórdão de 23 de junho de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 05 set. 2020.

CARVALHO, M.H.P; WAQUIM, B.B. **A terceira idade e a restrição legal á livre escolha do regime de bens: uma questão de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 07 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

_____. **Manual do Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito da Família - As famílias em uma Perspectiva Constitucional**. 3.ed. São Paulo, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. 6 - Direito De Família - 15ª ed.**São Paulo: Saraiva, 2018.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. 2019. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br>. Acesso em: 02 set. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIGALHAS. A obrigação de casar no regime da separação de bens por causa da idade. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/civilizalhas/152653/a-obrigacao-de-casar-no-regime-da-separacao-de-bens-por-causa-da-idade>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

POLITIZE. **Estatuto do Idoso: como está o brasileiro aos 60 anos?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/estatuto-do-idoso>. Acesso em: 05 ago. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10/1/2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Da possibilidade de afastamento da súmula 377 do STF por pacto antenupcial**. Maio de 2016.

VENOSA, S.D.S. **Direito Civil: Parte Geral**. 14.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.