

# O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA O IDOSO E A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE

*Luís Eduardo Cesnik Cardoso<sup>1</sup>, Andryelle Vanessa Camilo Pomin<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, Campus Maringá/PR, Universidade Cesumar - UNICESUMAR. educesnik01@gmail.com

<sup>2</sup> Orientadora. Mestre. Pesquisadora do CNPq. Professora do Curso de Direito, UNICESUMAR. andryellecamilo@gmail.com

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar e apontar as possíveis violações da obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens, buscando uma reflexão e correlacionando o tema às discussões do Direito de Família, da Doutrina e da jurisprudência. Ter-se-á ainda a análise dos seus efeitos na esfera jurídica e principalmente na sociedade brasileira, que vem no mesmo sentido dos demais países do mundo, tendo sua expectativa de vida elevada. Sua principal finalidade se constitui na defesa dos direitos da pessoa idosa e também do próprio Direito de Família. A imposição do regime da separação obrigatória para as pessoas idosas com mais de 70 (setenta) anos viola não somente a autonomia de vontade, mas também a liberdade na composição das famílias defendida pelo Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos do idoso; Regimes de casamento; Violação de direitos.

## 1 INTRODUÇÃO

Verifica-se no presente estudo que a atual perspectiva do Direito Brasileiro vem se modificando conforme os anseios e necessidades da sociedade, abrangendo os mais diversos assuntos, alcançando os novos direitos, os direitos fundamentais e, principalmente, os grupos vulneráveis, sendo aqueles que mais necessitam do amparo estatal e da efetivação da justiça.

O trabalho tem como objeto de estudo a imposição do regime da separação obrigatória de bens para a pessoa idosa e a violação da autonomia de vontade, seus efeitos na esfera jurídica, seu contexto histórico e também seus aspectos gerais.

A pesquisa busca demonstrar a violação da autonomia de vontade ao impor ao idoso um regime de casamento obrigatório, qual seja o da separação obrigatória de bens. Dessa forma, buscar-se-á demonstrar a violação aos princípios, normas e a afronta à Constituição Federal de 1988.

O Art. 226 da Constituição Federal de 1988 coloca a família como base da sociedade e dá uma proteção especial por parte do Estado. Ao interpretar o artigo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, entendeu que o cidadão tem liberdade para composição da sua família, deste modo, discussões e questionamentos semelhantes ao apresentado neste trabalho devem ser considerados e analisados, de forma a evitar o cometimento de injustiças e das violações de direitos personalíssimos e humanos.

Ao impor um regime de casamento, ainda mais o da separação obrigatória de bens, é retirado do cidadão idoso, que já sofre uma série de limitações, mais uma possibilidade de escolha e o fiel cumprimento da sua vontade. Uma vez que o cidadão idoso, desde que na faculdade de sua plena capacidade, deve ter a possibilidade de escolha do seu regime de casamento, pois não deve prosperar a tese de que o regime foi implantado para proteger o idoso, que leva em consideração apenas a visão patrimonial e não a personalíssima.

Deste modo, busca-se demonstrar que ao impor o regime da separação obrigatória de bens ao cidadão idoso, estar-se-á violando o princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, bem como da autonomia da vontade do cidadão idoso.

## 2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, nome este devido à proteção e garantia de uma série de Direitos no momento em que o país estava – saindo finalmente da Ditadura Militar – a nova Constituição trouxe logo em seu Art. 1º, Inc. III a dignidade da pessoa humana. Tal princípio constitucional é fundamental e deve nortear todas as atividades realizadas nos âmbitos nacional e internacional e, sem ele, a convivência e a permanência da vida em sociedade se torna impossível.

Tendo ciência da grande importância da última das fases da vida que é a velhice, o legislador constitucional voltou sua atenção para a população idosa quando traz no Art. 230 da Carta Magna, o seguinte: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

Assim, a intenção do Legislador foi não somente voltar a atenção e a responsabilidade do Estado para a pessoa idosa, mas trazer toda a sociedade, iniciando pela instituição familiar essa causa tão importante.

### 2.1 REQUISITO OBJETIVO PARA PROTEÇÃO DO IDOSO

A dignidade da pessoa humana prevista na Constituição Federal já seria suficiente para que a população idosa tivesse seus direitos e garantias legais assegurados, entretanto, ainda se fazia necessária a legislação de uma norma mais específica, voltada inteiramente para os idosos. Deste modo, em primeiro de outubro de 2003, foi promulgada a Lei 10.741/2003, também chamada de Estatuto do Idoso.

A Lei 10.741/2003 abordou e direcionou inúmeros temas que permaneciam em discussões e preencheu lacunas que assolavam o Poder Judiciário em todas as instâncias e por todo o País.

O Estatuto do Idoso conceituou, em seu Art. 1º, aqueles dentro da população que seriam considerados idosos, quais sejam: “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”.

A fixação de uma idade para o início da velhice era necessária, assim como as demais fases da vida (infância, adolescência e adulta) possuíam as suas. Assim, o Estado pode direcionar e incentivar políticas públicas e projetos de forma mais adequada, bem como, proporcionar melhorias e conceder benefícios para a população idosa.

Atualmente, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a expectativa de vida de uma pessoa nascida no Brasil no ano de 2019 era de 76,6 anos e, mesmo o Brasil sendo ainda considerado um país subdesenvolvido, a taxa de natalidade dos últimos anos veio caindo, assim, dentro de poucos anos o Brasil, seguindo a tendência dos países desenvolvidos se tornará um país de idosos. Por isso, uma vez que a velhice é inevitável, é preciso que o Estado e a Sociedade foquem em melhorias e desenvolvam ainda mais políticas públicas e sociais para os idosos.

Além da expectativa de vida, um outro fator importante é a qualidade de vida, uma vez que aqueles que possuem uma qualidade de vida baixa raramente possuem uma expectativa de vida alta. A qualidade de vida que possui uma abrangência desde a saúde física e mental e é computada no índice de Desenvolvimento Humano (IDH), devendo ser mais discutida e cobrada pela população, uma vez que tem uma fundamental importância, especialmente para a população em vulnerabilidade.

## 2.2 CONJUNTURA JURÍDICA DE PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO IDOSO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no dia 10 de dezembro de 1948, introduziu a dignidade da pessoa humana como base de paz, liberdade e justiça. Ela traz em seu preâmbulo:

O ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade; tendo esta declaração constantemente no espírito, se esforcem pelo ensinamento e pela educação, a desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e assegurar-lhe, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o reconhecimento e a aplicação universais e efetivas.

Os direitos advindos da ideia da dignidade da pessoa humana são os chamados direitos fundamentais, que são os direitos primordiais, inerentes aos indivíduos e próprios da natureza humana, válidos para todos os povos. No Brasil, tais Direitos estão em nossa Constituição Federal.

A História da proteção dos direitos é tão antiga quanto a consolidação das primeiras civilizações, mas em um recorte histórico mais curto, podemos afirmar que o grande marco dos últimos 100 anos foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, na Legislação Pátria, sem dúvidas, foi a Promulgação da Nossa Constituição Cidadã, a qual deu enfoque e destaque aos direitos e garantias individuais, deixando claro a preocupação do legislador constitucional com a qualidade de vida dos cidadãos, influenciando decisivamente na aplicação das leis e na forma que atua a justiça brasileira, rompendo as regras até então vigentes e o relacionamento Estado-Cidadão que existia.

A pessoa idosa, no decorrer da vida, naturalmente, acaba chegando à velhice com inúmeras limitações, as quais acabam causando desigualdades para essa parcela da população. Nesses momentos, o Estado age para compensar essa desigualdade com a chamada vulnerabilidade, ou seja, define como sendo um fator de risco social e direciona uma atenção especial para esse grupo, criando programas e projetos através da seguridade social. Assim, no âmbito do direito da assistência e das ações sociais, faz-se alusão à vulnerabilidade, mediante a observância de critérios considerados objetivos, como o critério da idade, por exemplo (FAVIER, 2012).

O Estado Brasileiro protege vários grupos vulneráveis e o dos idosos são um deles. A vulnerabilidade jurídica da pessoa idosa justifica vários direitos consagrados na constituição e nas leis infraconstitucionais, as quais atribuem a esta garantias de modo prioritário (BARLETTA, 2008).

A proteção dos idosos no Brasil, que deriva desde a Constituição Federal de 1988 até a Lei específica, começa com a fixação da idade de 60 anos, uma vez que houve a fixação da presunção da vulnerabilidade reconhecida pela Lei. Além disso, mesmo com o avanço na medicina e com técnicas cada vez mais modernas para o cuidado com a saúde e a qualidade de vida, o desgaste natural ocorre e, por isso, foi necessária a fixação de uma idade (sessenta anos), para que políticas específicas de seguridade social fossem criadas e que o Poder Judiciário as cobrassem.

## 2.3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DO IDOSOS

Com aproximadamente 35 milhões de idosos segundos dados do IBGE, o Brasil já possui mais pessoas com mais de 60 (sessenta) anos, do que crianças de 9 (nove) anos. E essa tendência de alta continuará nos próximos anos, até que o número de idosos ultrapasse também o número de adolescentes e ocorra a inversão da pirâmide etária do

país que hoje conta com mais jovens do que idosos, tornando, assim, o Brasil um país de “velhos”.

Com o aumento da população inativa, o País precisa desde já se preparar, por isso é fundamental o incentivo e a criação de diretrizes de ações governamentais e políticas públicas de proteção aos idosos, uma vez que dentro de 5 (cinco) décadas estes irão compor a maioria da população.

A população idosa necessita de amparo estatal com foco na seguridade social, visto que ela se divide em saúde, previdência e assistência social. Ademais, é na velhice que os sintomas dos desgastes na saúde começam a aparecer e muitos cidadãos não possuem condições financeiras de arcar com os grandes custos da saúde privada no Brasil, por isso é tão importante e necessário o investimento na saúde básica e no Sistema Único de Saúde (SUS).

Diferente da maioria dos países desenvolvidos, o Brasil possui um sistema de saúde próprio e universal, que apesar de muitas vezes ser esquecido e sucateado pelos governos e seus governantes consegue, ainda que “vagarosamente”, atender com excelência a maior parcela da população brasileira.

O investimento e a valorização do SUS devem ser os grandes focos das políticas públicas, uma vez que a maioria dos problemas de saúde são agravados na velhice e também por ser dever do Estado proporcionar Saúde e qualidade de vida aos seus cidadãos.

Outro grande ponto que deve ter enfoque nas políticas públicas deverá ser na área da assistência social em seu todo, pois é uma das instituições que está à frente do combate à desigualdade social, proporcionando desde programas e projetos profissionalizantes até o combate à fome e a violência.

Devido à redução da força de trabalho das pessoas idosas surgiu a previdência social, que é um seguro social pago mensalmente pelos contribuintes ativos e que ao completarem os requisitos legais passarão à condição de aposentados. Tal instituto é voltado para a coletividade, uma vez que são as contribuições coletivas que mantêm o pagamento daqueles já aposentados. Cabe ressaltar que a previdência social também oferece um benefício de prestação continuada (BPC) para aqueles idosos que não contribuíram para a previdência social, mas que não possuem condições socioeconômicas para a sua própria subsistência.

Assim, podemos concluir que nos próximos anos a atenção do Estado Brasileiro se voltará para a população idosa e a proteção de seus direitos que ainda hoje são muito violados. Os idosos possuem uma vulnerabilidade presumida, por isso, foram e ainda serão criadas maneiras de reduzir essas desigualdades, proporcionando, dessa forma, uma vida mais digna para a nossa população idosa.

### **3 ASPECTOS GERAIS SOBRE O CASAMENTO**

A família foi e permanece sendo a primeira e mais importante das instituições sociais, tendo influência direta na formação moral e social dos indivíduos. No decorrer do tempo veio sofrendo alterações, sempre se adequando às mudanças da sociedade e no Brasil. A família possui previsão legal no Art. 226 da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Atualmente, são reconhecidas pelo Direito diversos tipos de família, sendo bem diferentes da ideia de família originalmente concebida. Apesar disso, o conceito e a essência do matrimônio, qual seja o chamado “*affetio maritalis*”, que pode ser entendido como sendo a formação de uma relação jurídica decorrente da vontade dos nubentes com objetivo de formar uma família, permanece sendo o mesmo. Ainda segundo a definição de Washington de Barros Monteiro (2001, p.112), o casamento nada mais é que “a união

permanente do homem e da mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”

O conceito de casamento no ordenamento jurídico brasileiro pode ser entendido como aquele trazido pelo Art. 1.511 do Código Civil, que dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

### 3.1 CASAMENTO, INSTITUIÇÃO OU CONTRATO?

O casamento, base da família e da sociedade, surge da vontade dos nubentes, entretanto, é a lei que define sua forma, seus efeitos e suas normas. Conforme o entendimento de Laurent (apud MONTEIRO, 2001, p.11) o casamento é o “fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”.

A natureza jurídica do casamento é a origem do surgimento de duas grandes correntes doutrinárias, sendo elas a contratualista e a institucionalista. A primeira corrente é proveniente do direito canônico e teve grande influência na Constituição Francesa de 1791 e também no e no Código Napoleônico de 1804, sendo aclamada até hoje. Foi adotada por inúmeros doutrinadores civilistas brasileiros, os quais basicamente definem que o casamento é um contrato comum com as mesmas exigências e regras comuns dos demais contratos, sendo a vontade das partes o mais importante dos requisitos para formalização do casamento.

No decorrer do tempo a ideia do casamento como contrato foi se adaptando e deixou de ser considerado um contrato comum e passou a ser um contrato especial, uma vez que trazia relações e efeitos específicos.

Para a corrente que defende o casamento como instituição, o ato do casamento seria apenas para convalidar uma situação jurídica já existente, ou seja, seria apenas a anuência ou não de uma situação prevista e definida na legislação. Nas palavras de Maria Alice Zaratin Lotufo (2009, p.34):

Embora os cônjuges se unam por vontade própria, ambos se submetem a um conjunto de normas preestabelecido e imutável, ao qual aderem. Tais normas regulam a vida matrimonial e familiar do casal, de tal modo que, mesmo em suas pretensões particulares, como, por exemplo, na separação e no divórcio, os cônjuges devem proceder de acordo com as normas impostas pelo legislador.

Existe ainda uma terceira corrente conhecida como mista ou eclética, que contradiz as duas grandes correntes doutrinárias. Os doutrinadores adeptos da corrente mista defendem que devido à complexidade que envolve o casamento, seria um misto entre a vontade dos nubentes e a instituição. Desse modo, não seria apenas contrato, mas também não deixaria de sê-lo. Assim, seria um contrato especial que leva em conta a vontade pessoal e possuiria efeitos permanentes, no qual não seria possível definir as cláusulas, apenas aceitá-las. Seria em sua forma contratual, porém institucional em seu conteúdo.

Bem como em contratos, no casamento se faz necessário a vontade das partes, mas somente a anuência não seria suficiente para a sua consolidação. Sua validade necessita do aval estatal através da autoridade civil. Os termos e condições que existem nos contratos comuns não poderiam ser aplicados ao matrimônio, pois as normas do casamento não permitem a fiel autonomia de vontade. Mesmo tendo a liberdade de poder escolher aspectos como a data, o local, o regime de casamento e algumas outras especificidades, as normas do casamento são restritas ao fundamento legal que o instituiu, deste modo deve seguir a Lei para que seja formalmente realizado e para que possa usufruir de todos seus efeitos jurídicos.

No Brasil, o casamento é classificado como um contrato especial, sendo considerado um contrato do direito de família, uma vez que seus efeitos não são regulamentados pela vontade dos nubentes, mas sim pela Lei, nas palavras de Paulo Lôbo (2008, p. 76) “O

casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

### 3.2 DA ENTIDADE FAMILIAR

Até poucas décadas poderíamos dizer que a entidade familiar necessitava de dois pontos fundamentais: a consanguinidade e o casamento formal. Entretanto, com as mudanças sociais, tal concepção foi se alterando e hoje não está mais relacionado à procriação, sexos ou a casamento, passando a se pautar em valores intrínsecos como o amor e o afeto.

A atual concepção de família não somente se afastou daquela concepção anteriormente estabelecida e aceita, como também passou por mudanças em sua estrutura. Deste modo, podemos concluir que a ideia de família que era apresentada no Código Civil de 1916 era baseada na centralidade do casamento e não na origem biológica ou afetiva. As famílias que até então possuíam diversos filhos, hoje possuem em média de um a dois filhos. Além disso, a mulher deixou de ser “dona de casa” e ingressou no mercado de trabalho, revolucionando não somente a oferta de mão de obra e as cadeias de produção, como a própria família e a sociedade.

Nesse sentido, defende Rolf Madaleno (2015, p.36):

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hétero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

A Constituição brasileira prevê três tipos de entidades familiares, sendo elas o casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), a união estável (art. 226 § 3º, CF) e a família monoparental (art. 226 § 4º, CF). Entretanto, a Doutrina e a jurisprudência reconhecem diversas outras entidades além das três previstas na Carta Magna. Além disso, o Art. 1.565 § 2º do Código Civil de 2002 estipula que “Art. 1.565, § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou pública”.

Atualmente, muitos doutrinadores defendem a tese de que a entidade familiar advinda do casamento tem prioridade sobre as demais e, ainda sobre o tema, entende Silvio Neves Baptista (2014, p. 26) que:

Sempre desfrutou de especial proteção legal. Antes da CF/88, o Estado só reconhecia a família formada pelo casamento solene, que jamais poderia ser desconstituído; somente anulado. Tudo isso para atender aos interesses do Estado e da Igreja, que impunham um padrão na tentativa de conservar a moralidade.

Indo em sentido contrário ao entendimento de tais doutrinadores, o Supremo Tribunal Federal tem tido importantes posicionamentos no âmbito do Direito de Família. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, ao realizar a interpretação do art. 226 da Constituição Federal, estabeleceu a liberdade dos indivíduos na formação de suas famílias, bem como assegurou a pluralismo das entidades familiares.

A Suprema Corte brasileira também analisou o próprio conceito de família, tendo como relator o Ministro Luiz Fux (2017, p.3), que elucidou em seu voto “Com a evolução no campo das relações familiares, e a aceitação de novas formas de união, o eixo central da disciplina da filiação se deslocou do Código Civil para a Constituição Federal”.

Assim, a maioria dos Ministros entende que o afeto deve prevalecer em relação à centralidade do casamento, uma vez que com a evolução da sociedade, novas formas de entidades familiares começaram a surgir, como as sociedades de fato, uniões estáveis, coabitações concubinárias, famílias monoparentais, entre outras estruturas familiares passaram a se tornar cada vez mais frequentes. Tal situação é demonstrada pelo sociólogo britânico Anthony Giddens, *apud* Supremo Tribunal Federal (2016, p. 7):

Ao longo das últimas décadas, a Grã-Bretanha e outros países ocidentais passaram por mudanças nos padrões familiares, que seriam inimagináveis para gerações anteriores. A grande diversidade de famílias e formas de agregados familiares tornou-se um traço distintivo da época actual. As pessoas têm menos probabilidades de se virem a casar do que no passado, e fazem-no numa idade mais tardia. O índice de divórcios subiu significativamente, contribuindo para o crescimento de famílias monoparentais. Constituem-se 'famílias recompostas' através de segundos casamentos, ou através de novas relações que envolvem filhos de relações anteriores. As pessoas optam cada vez mais por viver juntas em coabitação antes do casamento, ou em alternativa ao casamento. Em resumo, o mundo familiar é hoje muito diferente do que o era há cinquenta anos atrás. Apesar das instituições do casamento e da família ainda existirem e serem importantes nas nossas vidas, o seu carácter mudou radicalmente.

Desta forma, podemos concluir que além das entidades familiares trazidas na Constituição Federal e aquelas reconhecidas pela jurisprudência, fica facultada e garantida ao indivíduo a liberdade na constituição da sua família, pois, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a afetividade e o amor entre os membros de uma família são os requisitos fundamentais para o reconhecimento da família, estando acima até mesmo dos sanguíneos e biológicos. Ademais, seus efeitos reverberam no ordenamento jurídico e nas situações previstas no direito de família, nas esferas cíveis e patrimoniais.

### 3.3 DOS REGIMES DE CASAMENTO

O instituto social do casamento possui grande importância na história da humanidade e no cotidiano das sociedades atuais, tal como sua importância deve ser a sua previsão na legislação pátria. A Constituição Federal de 1988 já definiu a família como sendo a base da sociedade, deste modo, o assunto foi abordado e elencado no Código Civil Brasileiro de 2002.

O casamento não é apenas, conforme a visão cristã, uma união espiritual, pois além de ter impactos na vida civil dos nubentes, o principal objetivo do regime de casamentos é sem dúvidas seu impacto na esfera patrimonial e seus efeitos econômicos na entidade familiar. Desse modo, fica facultado aos nubentes a escolha do regime que melhor representa suas vontades, entretanto, essa mesma faculdade não é concedida à pessoa idosa com mais de 70 (setenta) anos, uma vez que o Art. 1.671, Inc. II, do Código Civil traz a seguinte redação: "Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)".

O regime de bens é uma das principais consequências jurídicas do casamento, pois define pautas como as formas de contribuição entre os cônjuges para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida tais bens respondem frente às obrigações perante terceiros.

Uma vez que o regime de casamento regulamenta a propriedade e a administração dos bens adquiridos antes e na constância do casamento, nas palavras de Rosenvald (2008), a liberdade de estruturação do regime de bens é total. Não impôs a lei a limitação da escolha a apenas um dos tipos previstos. Veja-se que cabe a fusão de tipos, com

elementos ou partes de cada um, podendo-se, inclusive, criar outro regime não previsto em lei; enfatiza-se, no entanto, que desde que não caracterize qualquer tipo de fraude à lei.

É importante destacar que independente de qual seja a escolha de regime de bens, com exceção do regime da comunhão parcial, dever-se-á celebrar, obrigatoriamente, o pacto antenupcial. Desta forma, na ausência desse ou na hipótese da sua invalidade, deve ser aplicado o regime supletivo, qual seja o da comunhão parcial de bens previsto nos Arts. 1.658 e seguintes do Código Civil Brasileiro. Tal regime é supletivo desde o ano de 1977, com a sanção da Lei nº 6.515/1977, também conhecida como Lei do Divórcio, que modificou o regime legal, substituindo o regime da comunhão universal pelo da comunhão parcial de bens.

#### 4 DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

O regime da separação obrigatória de bens já existia no Código Civil de 1916, mas foi apenas com a redação dada pelo inciso segundo do Art. 1.641 do Código Civil, que passou a ser obrigatória para idosos com mais de 70 (setenta) anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Existem diversas disposições sobre o regime da separação obrigatória, todos levando ao mesmo entendimento da incomunicabilidade dos bens e da divisão do patrimônio. Nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p.202): "Regime de separação é aquele em que os cônjuges conservam não apenas o domínio e a administração e disponibilidade de seus bens presentes e futuros, como também a responsabilidade pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento".

Para Silvio de Salvo Venosa (2003, p.196), "a característica deste regime é a completa distinção de patrimônio dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens".

Já Washington de Barros Monteiro (2001, p.41) leciona que "é o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento".

##### 4.1 ASPECTOS GERAIS E *MENS LEGIS*

Mesmo com os grandes avanços nas esferas do Direito Civil e especialmente no Direito de Família, em dezembro de 2010 foi sancionada a lei 12.344 que alterou a redação do inciso II do Art. 1.641 do Código Civil, que tornou obrigatório o regime de separação de bens quando ambas ou uma das partes envolvidas possuía no momento do casamento mais de setenta anos.

O regime da separação obrigatória de bens foi implantando visando unicamente a proteção patrimonial individual e desconsidera por completo a vontade dos nubentes. Além de vedar a possibilidade da escolha de qualquer outro regime de casamento, a lei também impede a constituição de sociedade entre o casal.

Ressalta-se que o regime da separação obrigatória de bens diverge da convencional, como lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p.291).

No regime de separação convencional não existem bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira separação absoluta de bens. No ponto, inclusive, ele se difere da separação obrigatória ou legal, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da Súmula 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato



denominada separação absoluta ou total. Isto, por si só, já serve para justificar a exigência de outorga, consentimento, do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis - e para prestar fiança ou aval - se o matrimônio estiver sob o regime de separação obrigatória, sendo totalmente desnecessária, por lógico, esta outorga se o casamento é regido pela separação convencional (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 291).

A ideia do legislador com o regime da separação obrigatória de bens para a pessoa idosa seria não somente a proteção ao patrimônio, mas também evitar os casamentos oportunistas. Seguindo a posição defendida pela ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias (2016), a qual explica que das hipóteses em que a lei determina o regime da separação obrigatória, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 60 anos em flagrante afronta ao estatuto do idoso. Para ela, a limitação da vontade, em razão da idade, está longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva) e constitui-se em verdadeira sanção.

Ao impor tal regime de casamento, a pessoa idosa a *mens legis* do legislador violou a própria Constituição Federal, que revolucionou o Direito Brasileiro ao trazer em seu Art. 1º, Inc. III, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Isso porque a “mens legis” do Art. 1.641 do Código Civil é protetiva, ou seja, afasta as questões patrimoniais do casamento. Mas, a restrição causada pelo artigo de Lei atenta contra a liberdade do nubente, uma vez que cabe a ele escolher se deseja ou não contrair matrimônio com alguém mais jovem. Silvio Rodrigues (2002) revela-se contrário a essa restrição, advertindo inexistir inconveniente social de qualquer espécie em permitir tal casamento.

Desta mesma forma, entende Maria Berenice Dias (2011, p. 248):

Das várias previsões que visam a suspender a realização do casamento, nenhuma delas justifica o risco de gerar enriquecimento sem causa. Porém, das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção. [...] aos idosos, há presunção *jure et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.

Não podemos falar da imposição da separação obrigatória de bens sem deixar de analisar a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Até a edição de tal súmula o entendimento era de que na separação de bens não havia comunicabilidade entre os bens. Com a edição dela, ficou determinado que, no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se aqueles bens adquiridos durante o casamento. Dessa forma, foi criada a partir da súmula uma configuração de comunhão parcial de bens em um regime de separação total, impondo a formação de um patrimônio que seria supostamente comum.

O órgão do judiciário brasileiro criado para considerar questões que sejam de ordem infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que após a edição da referida Súmula de interpretação pelo STF, segue o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, admitindo a comunicação de patrimônio, mas desde que comprovado o esforço mútuo das partes na aquisição dos bens pleiteados, dando, assim, nova adequação à Súmula referida.

Apesar da matéria já ter entendimento formado tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, muitos Tribunais do país não seguem tal entendimento, gerando o grande problema da insegurança jurídica, especialmente nas questões envolvendo heranças e herdeiros. Mesmo o Art. 926 do Código de Processo Civil

dispõe que os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

#### 4.2 PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE CIVIL OU VÍCIO DE CONSENTIMENTO?

O regime da separação obrigatória de bens para as pessoas com idade igual ou superior a 70 anos tem seu viés protecionista ao patrimônio, baseado na presunção da incapacidade civil da pessoa idosa.

É sabido que a pessoa idosa sofre uma série de limitações físicas e até mesmo algumas mentais, em decorrência da idade. Entretanto, tais limitações não impedem que o idoso possa fazer valer sua autonomia de vontade em escolher o regime de casamento da sua preferência. Tal incapacidade deve ser comprovada através de exames médicos e não por simples presunção do legislador de que o idoso maior de setenta anos não teria tal faculdade mental. É importante destacar que o Código Civil estipula uma idade mínima de 18 anos para começar os atos da vida civil, entretanto, não existe uma definição de idade máxima para que tal capacidade cesse. Neste mesmo raciocínio, leciona Cesar Fiuza (2014, p.1184):

De fato, não parece de bom senso a exigência, que representa uma *capitis deminutio* aos maiores de 70 anos. A norma os infantiliza, os idiotiza, o que não condiz com a realidade. Hoje, uma pessoa de 70 anos é, de fato, ainda um jovem. Ademais, o que interessa é se o indivíduo tem consciência ou não do que esteja fazendo, pouco importando se seja velho ou novo. Se tem consciência, o ato é válido. É ilegítima, a meu ver, essa intervenção imbecilizante do legislador na esfera privada.

Ao impor tal regime ao cidadão idoso, o Art. 1.616 acaba por também violar a liberdade e a isonomia asseguradas pela Constituição, uma vez que traz no “caput” do seu Art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O vício de consentimento pode ocorrer em três modalidades, sendo eles o erro, o dolo e a coação. O erro pode ser definido quando o indivíduo possui uma percepção errônea da realidade, assim faz sua escolha baseada naquela realidade fictícia, frisando que o agente se engana sozinho. Já no dolo, um terceiro, através de ato comissivo ou omissivo que leva outrem a realizar negócio jurídico que lhe é prejudicial. A hipótese de coação acontece quando o indivíduo é levado a cometer determinado ato por ameaça ou pressão de terceiro.

Desta forma, o legislador, ao supor que o idoso sofreria algumas limitações em sua faculdade civil e buscando protegê-lo do vício de consentimento, instituiu no ordenamento jurídico a obrigatoriedade de que pessoas maiores de 70 anos só poderiam instituir matrimônio se o regime de casamento fosse o da separação obrigatória de bens.

#### 4.3 EFETIVA PROTEÇÃO OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À LIBERDADE, AUTONOMIA DE VONTADE E DIGNIDADE?

Na intenção de criar um sistema em que pudesse evitar o conflito entre as legislações e a hierarquização das normas, foi elaborada por Hans Kelsen, a pirâmide de Kelsen, adotada por diversos países democráticos, entre eles o Brasil.

A hierarquia das normas trazida pela pirâmide de Kelsen estabelece que acima de todas as normas está a Constituição Federal. Deste modo, podemos entender que qualquer norma infraconstitucional terá valor inferior ao da Carta Magna na legislação pátria.

A carta maior do Estado brasileiro, marco histórico na garantia dos direitos individuais e coletivos, trouxe como cláusula pétrea direitos absolutos que não poderiam ser suprimidos ou violados, estando incluso entre tais direitos a liberdade, a dignidade da

pessoa humana e a isonomia. Assim, podemos questionar: como uma legislação federal, como o Código Civil, com status de norma infraconstitucional, pode instituir limites que vão contra a preceitos constitucionais?

## 5 CONCLUSÃO

É difícil acreditar que em pleno século XXI, um Estado Democrático de Direito, como o Brasil, que possui uma das Constituições mais humanas, acabe impondo um regime de casamento ao cidadão idoso por presunção de incapacidade em razão da idade. Tal ação, além de incoerente, viola as diretrizes constitucionais e o princípio basilar da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A idade não deve ser vista como algo negativo ou limitante, pois com o passar dos anos ficamos mais sábios e experientes. Assim, não se impede ou afeta a capacidade civil da pessoa. O Art. 1.614, II, do Código Civil faz afronta direta à própria Constituição Federal, colidindo com os fundamentos do Estatuto do Idoso.

O envelhecimento é parte natural da vida, sendo a velhice a última delas e estando o Brasil caminhando para um futuro onde a maioria da população será composta por cidadãos idosos. Logo, tais limitações devem ser urgentemente repensadas, para que violações como a imposição do regime de casamentos aos septuagenários sejam revogadas e que não ocorram novas violações à autonomia da vontade de uma pessoa capaz apenas por suposições.

O artigo do Código Civil que obriga a pessoa idosa a contrair casamento apenas no regime da separação obrigatória está em contrassenso com a atual sociedade e com os avanços proporcionados pela ciência, medicina e tecnologia, não podendo o legislador, sem meios comprovadamente aceitos, impor a uma parcela cada vez mais significativa da população um regime de casamento.

A sociedade cada vez mais se importa com o bem estar e a felicidade, e os princípios baseados no amor e na afetividade são essenciais para a existência de uma entidade familiar, superando até mesmo aqueles sanguíneos. Deste modo, não pode ser aceito que a autonomia de vontade e a liberdade de escolha sejam violados visando uma suposta proteção patrimonial.

Assim, a norma que definiu tal obrigação deve ser prontamente afastada da legislação pátria, vez que a lei deve se adequar à sociedade em que foi instituída. Assim, os fundamentos do Estatuto do Idoso e os preceitos constitucionais devem ser considerados, bem como o entendimento de uma grande maioria dos doutrinadores brasileiros.

## REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BARLETTA, F. R. **O Direito à saúde da pessoa idosa**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076886.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**: Versão provisória para debate público. 2010. Disponível em: [https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm). Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 49. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 08 de maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAVIER, Y. **Vulnerabilidade e fragilidade no envelhecimento:** a abordagem do Direito francês. In: Revista Temática Kairós Gerontologia, “Vulnerabilidade/Envelhecimento e Velhice: Aspectos Biopsicossociais”, pp. 69-78. Online ISSN 2176-901X. Print ISSN 1516-2567. São Paulo (SP), Brasil: FACHS/NEPE/PEPGG/PUC-SP. 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/download/17287/12826>. Acesso em: 04 jun. 2021.

FIUZA, César. **Direito civil.** 15. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

FIUZA, César. **Direito Civil, curso completo.** 17. ed. São Paulo: RT, Belo Horizonte, 2014.

LAURENT *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. Op. Cit. 2001.

IBGE, **Projeção da população do Brasil e Unidades da Federação por sexo e idade para o período 2010-2060.** Revisão 2019. 1980 e 1991 - ALBUQUERQUE, Fernando Roberto P. de C. e SENNA, Janaína R. Xavier “Tábuas de Mortalidade por Sexo e Grupos de Idade - Grandes e Unidades da Federação – 1980, 1991 e 2000. Textos para discussão, Diretoria de Pesquisas, IBGE, Rio de Janeiro, 2005. 161p. ISSN 1518-675X ; n. 20.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, 2 v.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso Avançado de Direito Civil**. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REVISTA IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES. **O direito dos idosos**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, ago. 2013.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de Família. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2002, 6 v.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, decide STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 2 abr. 2021.