

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO ETÁRIA NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF AGE RESTRICTION IN THE CHOICE OF MARITAL PROPERTY REGIME

Jovina d'Avila Bordoni¹

RESUMO

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1641, II, dispõe como regime de bens da separação obrigatória no casamento, para os maiores de setenta anos, de forma a não permitir a formação de patrimônio comum. O artigo 1641, II, foi introduzido no Código Civil, visando à proteção dos maiores de setenta anos contra o casamento com fins meramente patrimoniais. Com fundamento nos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, bem como os direitos assegurados no Estatuto do Idoso, esta norma é inconstitucional. A restrição revela-se preconceituosa, uma vez que limita a autonomia privada dos idosos que possuem plena capacidade para os mais variados atos da vida civil, principalmente diante das mudanças da sociedade contemporânea. A Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação, de forma que o legislador não pode impor limites que a Constituição não o fez, sendo o referido preceito, inconstitucional.

Palavras-chave: Regime de bens do casamento; princípio da dignidade da pessoa humana; igualdade; liberdade; Estatuto do Idoso; inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The Civil Code of 2002, in his article 1641, II, provides as property regime of obligatory separation in marriage for over seventy years, so as not to allow the formation of common equity. The article 1641, II, was introduced in the Civil Code to order to protect the over seventy years against the marriage purely for patrimonial. Based on the principles that guide the Democratic State of Law, such as the dignity of the human person, freedom and equality, as well as the rights guaranteed in the Elderly Statute, this provision is unconstitutional. The restriction proves to be prejudiced, once limits the private autonomy of the elderly who possess full capability for various acts of civil life, mainly by the changes in the contemporary society, The Federal Constitution prohibits any form of discrimination so that the legislator can not impose limits that the Constitution did not, being the aforementioned provision unconstitutional.

Keywords: Marital property regime; principle of human dignity; equality, freedom, Elderly Statute, unconstitutional.

¹ Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza – Unifor.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discutir a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens em relação às pessoas com setenta anos ou mais, conforme disposição do artigo 1.641, II, do Código Civil.

O regime matrimonial de bens constitui-se no conjunto de normas aplicáveis às relações patrimoniais no casamento. O ordenamento jurídico brasileiro prevê quatro tipos de regimes patrimoniais: comunhão universal de bens (artigo 1.667 do CC); comunhão parcial (artigo 1.658 do CC); separação de bens – voluntária (artigo 1.687 do CC) ou obrigatória (artigo 1.641, inciso II) e participação final nos aquestos (artigo 1.672 do CC).

A regra do artigo 1.641, II, do Código Civil estabelece restrições na esfera volitiva e patrimonial dos septuagenários, em clara afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade. Presume a incapacidade do idoso, gerando situação discriminatória, principalmente em época que se vivencia na sociedade a evolução do conceito de família e o aumento da expectativa de vida da população brasileira, bem assim, da existência do Estatuto do Idoso que confere as pessoas a partir dos 70 anos proteção integral de seus direitos, objetivando seu envelhecimento digno.

Como conceber que o indivíduo possa ter sua autonomia tolhida, em face da idade, para estabelecer seu regime de bens no casamento? Pode tal restrição coexistir com os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade?

Com o intuito de solucionar estas questões e outras correlatas, no capítulo inicial, serão abordadas as mudanças na família dentro da sociedade contemporânea, bem como, a relação do idoso dentro do núcleo familiar.

No segundo capítulo, serão estudados os regimes de bens do casamento, conforme a legislação vigente, com ênfase no regime adotado pelo Código Civil, para as pessoas maiores de setenta anos.

Após, no terceiro capítulo, será estudado o ordenamento jurídico e a proteção do idoso, fazendo-se um análise dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria e do Estatuto do Idoso.

Ao fim, serão expostos os argumentos que fundamentam o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil.

Busca-se, com o presente estudo, contribuir para maior visibilidade do tema, sem, contudo, ter a pretensão de esgotá-lo, mas demonstrar as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade e a importância de serem resguardados os direitos dos idosos, parte da população que possibilitou a formação social e cultural da sociedade que se vislumbra na atualidade.

2 A FAMÍLIA

Consoante o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a família é a base da sociedade, recebendo especial proteção do Estado.

Segundo Maia Júnior (2011, p.26), “na medida em que se tutela a família, tutela-se o próprio indivíduo, assegurando-lhe a sobrevivência e o desenvolvimento como ser humano digno. Em síntese, a família é necessária à plena efetivação da dignidade da pessoa humana”.

A família deve ser protegida não só pelo Estado, mas também pela própria sociedade na qual está inserida. Nota-se que o ser humano nasce no seio da família, onde desenvolve sua personalidade que se projeta na sociedade, em busca de sua realização pessoal. É a partir da família que o indivíduo ocupa um lugar na sociedade. A família tanto reflete quanto atua sobre as mudanças sociais, desempenhando papel ativo no desenvolvimento do Estado.

XX, a família adquiriu nova estrutura. O conceito de família modificou-se e apresenta-se diferente do de décadas passadas em que o modelo tradicional era composto por pai e mãe, casados, e com filhos. Atualmente, essa organização familiar tem se modernizado. Hoje são comuns famílias formadas de diversas formas.

A revolução industrial acarretou a modificação da concepção familiar, com o homem exercendo sua atividade laboral nas fábricas e a mulher ingressando no mercado de trabalho para contribuir com o sustento da família, de maneira que alterou a hierarquia familiar, na qual os papéis de homens e mulheres se alternaram ou mesmo se inverteram. Assim, as famílias contemporâneas evoluíram a partir do modelo clássico, patriarcal, heterossexual e fundado no casamento.

O processo de mudança da estrutura familiar foi seguido pela legislação e jurisprudência brasileiras, que nas últimas décadas, desempenharam relevante papel na construção das entidades familiares, que são ditas plurais pelo fato de dependerem da escolha de seus membros. (MORAES, p. 590)

O Código Civil de 1916 indicava como requisito para a formação da família apenas o casamento civil. A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, quando reconheceu a união estável (artigo 226, parágrafo 3º) e a família monoparental (artigo 226, parágrafo 4º), como entidade familiar, de forma que “as modalidades de entidade familiar enunciadas trazem, objetivamente, a potencialidade motriz de reproduzir a sociedade, razão pela qual são destinatárias de *especial proteção* do Estado” (PEREIRA JUNIOR, 2012, p.12). Por seu turno, verificou-se na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento como entidade familiar da união entre homossexuais ou uniões homoafetivas.

A família deixa de ser constituída pelo vínculo jurídico para ser reconhecida pelo elemento volitivo de sua formação, independente de qualquer parentesco, que é o afeto. Assim, dá-se maior relevância à dignidade dos membros da família e às relações afetivas distintas do casamento.

Nos dias de hoje, o que **identifica** a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um **vínculo afetivo** a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: **casamento, sexo e procriação**. O movimento de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento dos métodos reprodutivos fruto da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família. (DIAS, 2013, p.40)

Tepedino (2001, p.328) defende que atualmente a preocupação é:

Com a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

O conceito mais moderno, contido em uma norma legal, encontra-se na Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, II, quando dispõe que a família deve ser “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

2.1 O Idoso na Sociedade Contemporânea

A Lei nº 10.741/2003, no seu artigo 1º, define o idoso como sendo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

A população de idosos no Brasil tem aumentado consideravelmente. Tal constatação é resultado do aumento da expectativa de vida, em face da diminuição das taxas de natalidade e mortalidade, aliado às conquistas da medicina, descobertas científicas, desenvolvimento tecnológico e à melhoria na qualidade de vida, de uma forma geral. Cada vez mais, é menor o número de deficiências, sejam mentais ou físicas.

Olinó (2007, p. 8) lembra que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE o número de idosos no mundo em 1998 era de 579 milhões e que projeções indicam que em 2050 a população mundial de idosos será de 1.900 milhão, bem como que nos próximos 20 anos, no Brasil, a população de idosos poderá ultrapassar 30 milhões de pessoas, representando quase 13% da população total.

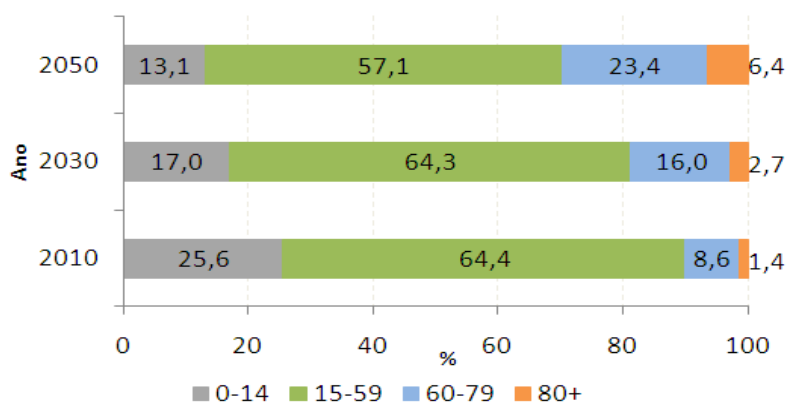


Figura 1: Evolução da proporção das faixas etárias da população brasileira. Brasil, 2010-2050 - Fonte: IBGE, 2008 e ANS/Tabnet. Dados ref. Set/10.

Diante deste quadro, é natural que os idosos, sejam, viúvos, separados e até mesmo solteiros queiram refazer ou vivenciar um casamento, de forma que investem na afetividade. Assim, envelhecer é uma evolução natural, de acordo com Nalini (2012, p.438) “O lapso compreendido entre o nascimento e a morte é a experiência primordial de cada um. É o período vital, única oportunidade que as pessoas têm de provar a elas próprias, aos coetâneos e à posteridade, o que teria justificado sua vinda ao planeta”.

O idoso busca se integrar com as demais gerações através das atividades sociais e culturais. Conscientizando-se do seu valor, buscam novos conhecimentos, envolvendo-se, inclusive, na reivindicação de seus próprios direitos.

Lembra Sousa (2004, p.169) que os idosos diante das dificuldades no aprendizado de novas técnicas, em face das evoluções sociais e tecnológicas, procuraram a Universidade da Terceira Idade, em busca de novos aprendizados, melhoria da autoestima e como forma de reinserção social.

Olino (2006, p. 13) também enfatiza que o interesse pela aprendizagem fez com que aumentassem o número de Universidades Livres para a Terceira Idade, bem como o número de cursos destinados a este público. Menciona que aqueles que frequentam os cursos mantem suas habilidades cognitivas, a integração e o reconhecimento social.

Diante dos dados estatísticos que mostram a elevação na expectativa de vida, Whitaker (2007, p. 63-64) menciona a existência de dois paradoxos, o primeiro diz respeito ao fato do avanço tecnológicos ter resolvido muitos dos problemas enfrentados pelas gerações anteriores, mas ter criado uma sociedade altamente competitiva, marcada pela violência urbana, enquanto o segundo paradoxo diz respeito ao objetivo alcançado de se ter um país jovem e moderno, com grandes avanços da indústria, tecnologia na área de informática e globalização, mas, de repente, o país moderno vai deixar de jovem. E termina por resumir que "o 'país jovem' era tradicional, mas o 'país moderno' está envelhecendo. Para superar esse paradoxo, precisamos abandonar a visão dualista (positivista) que contrapõe jovens x velhos".

Dessa forma, não se mostra razoável que o Direito não acompanhe essas mudanças, proporcionando ao idoso a plenitude no exercício dos seus direitos. Embora

constatado o envelhecimento, as pessoas maiores de setenta anos continuam com a capacidade de fazer suas próprias escolhas, inclusive no âmbito patrimonial, com a eleição do regime de bens matrimonial, porquanto a idade não significa incapacidade mental.

3 O CASAMENTO E O REGIME DE BENS

O casamento produz consequências sociais, pessoais e patrimoniais entre cônjuges e filhos, pois com ele ficam estabelecidos os vínculos de afinidade entre os cônjuges e seus parentes; os deveres com os filhos e o regime patrimonial de bens. Conforme estabelece o artigo 1565 do Código Civil “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

A escolha do regime de bens dá-se durante o processo de habilitação para o casamento civil, no cartório de registro civil das pessoas naturais, observando-se o princípio da autonomia da vontade. Dispõe o Código Civil no artigo 1.639 que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal. (GONÇALVES, 2008, p.390)

Com o advento da Lei do Divórcio, o regime de bens legal passou a ser o da comunhão parcial de bens, entretanto os contraentes podem estipular outro, mediante pacto antenupcial, lavrado por escritura pública.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê quatro tipos de regimes patrimoniais: comunhão universal de bens (artigo 1.667 do CC); comunhão parcial (artigo 1.658 do CC); separação de bens – voluntária (artigo 1.687 do CC) ou obrigatória (artigo 1.641, inciso II) e participação final nos aquestos (artigo 1.672 do CC).

O regime da comunhão parcial de bens é estabelecido pela Lei 6.515/77 e mantido pelo novo Código Civil. Este regime prevê que os bens adquiridos durante o

casamento são de ambos os cônjuges, enquanto aqueles adquiridos em data anterior ao casamento pertencem ao cônjuge que o houver adquirido. Daí decorrem os bens comuns e comunicáveis, aqueles adquiridos durante a constância do casamento, previstos no art. 1.659, I do Código Civil, e os particulares e incommunicáveis, os que cada cônjuge possuía antes do casamento, conforme o artigo 1.661 do Código Civil.

A comunhão universal era o regime considerado legal pelo Código Civil de 1916, até a entrada em vigor da Lei do divórcio. Neste regime comunicam-se todos os bens, sejam presentes ou futuros, independentemente de serem adquiridos, apenas, por um dos cônjuges. Comunicam-se, também, as dívidas e obrigações. Somente não se comunicam os bens excluídos pela lei ou estipulados em pacto antenupcial, observado, no último caso, que a incommunicabilidade não poderá infringir as exclusões determinadas por lei.

Caracteriza o regime da separação de bens, a distinção de patrimônio dos cônjuges, pois cada um deles continua proprietário exclusivo de seus bens particulares que não se comunicam, mesmo que adquiridos durante o casamento, podendo aliená-los ou gravá-los com ônus reais, conforme dispõe o artigo 1.688 do Código Civil.

Diferente dos demais, no regime da participação final dos aquestos haverá uma separação convencional de bens, mas com a dissolução da sociedade conjugal, comunicam-se os bens adquiridos com recursos financeiros de ambos os cônjuges, durante a constância do casamento, ocasião em que se fará a apuração do patrimônio, para a realização da contabilidade, partilhando-os meio a meio e, caso não seja possível ou conveniente a divisão dos bens, deve ser pago o valor correspondente, nos termos do parágrafo único do artigo 1.685 do Código Civil.

3.1 Regime de bens – idoso

O Código Civil de 1916, no artigo 258, parágrafo único, nº II, estabelecia que os homens sexagenários e as mulheres quinquagenárias não poderiam contrair casamento sem observarem o regime da separação de bens.

A Lei do Divórcio, em seu artigo 45, trouxe uma exceção, estabeleceu a liberdade de escolha do regime matrimonial quando o casamento se seguisse a uma união de fato antes de 28 de junho de 1977, que houvesse perdurado por dez anos

consecutivos ou que tivesse resultado filhos, de forma que não seria aplicado o artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.

Com o Código Civil de 2002 a exigência do regime da separação de bens foi mantida, sendo apenas alterada a idade dos nubentes, determinando a obrigatoriedade para a pessoa maior de sessenta anos, conforme dispunha o artigo 1.641, II.

Em face dos diversos questionamentos, o referido dispositivo foi alterado pela Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2010, passando o artigo 1.641 a vigorar nos seguintes termos: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

4 O ORDENAMENTO JURÍDICO E A PROTEÇÃO AO IDOSO

Com a constituição Federal de 1988 os direitos dos idosos, fundados em princípios como a cidadania e a dignidade da pessoa humana, passam a ser parte dos direitos que irão formar uma sociedade livre, justa e solidária, sem qualquer forma de discriminação, configurando-se em objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade. (RAMOS, 2003, p.133)

A Constituição também estabeleceu normas específicas de proteção ao idoso quando nos art. 229 e 230, instituiu que os filhos maiores devem amparar os pais na velhice, carência e enfermidade e que o amparo ao idoso, defesa de sua dignidade e bem-estar é dever da família, da sociedade e do Estado. No art. 203 prevê renda mínima aos idosos sem recursos próprios ou da família para se manterem.

Decorre assim, a obrigação do Estado de prestações positivas para garantir aos idosos um conjunto de direitos e ações direcionadas a sua integração social.

4.1 Princípios constitucionais aplicáveis à matéria

Como o intuito do presente trabalho é dissertar sobre a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação de bens para os idosos com mais de setenta anos, que se relaciona a tutela dos direitos fundamentais, a seguir serão tratados os princípios que se relacionam ao tema, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, uma vez.

4.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um conceito construído através da história. A ideia de dignidade, como valor intrínseco da pessoa humana, tem suas bases no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica e no ideário cristão. (SARLET, 2001, p.30).

A dignidade é um valor universal, embora existam diferenças culturais entre os povos. “A dignidade humana é um valor já preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa.” (NUNES, 2009, p.25)

As pessoas, pela sua natureza humana, apesar de diferentes em sua individualidade, apresentam idênticas necessidades e faculdades vitais (DALLARI, 2002, p.08). A dignidade pressupõe a igualdade entre os seres humanos.

A dignidade da pessoa humana está posta na Constituição de 1988, artigo 1º, III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no qual se constitui a República Federativa do Brasil. Dessa forma, o legislador reconheceu “que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, 2001, p.66)

Enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa maior relevo ante os demais princípios, funcionando como diretriz hermenêutica de todo o ordenamento jurídico.

Farias e Rosenvald (2007, p.98-99) mencionam que a dignidade da pessoa humana funciona como impulso para intangibilidade da vida humana, ensejando três condições mínimas preponderantes para uma vida digna: “i) o respeito à integridade física e psíquica das pessoas; ii) a admissão da existência de pressupostos materiais

(patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver; e iii) o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade”.

Portanto, se qualquer pessoa merece ter dignidade, também a merece aquela maior de setenta anos, por ser uma pessoa humana, devendo receber a proteção constitucional como todas as pessoas, sem qualquer distinção em relação à opção do regime de bens no casamento. A restrição imposta não considera o poder de autodeterminação do indivíduo, além de atingi-lo moral e emocionalmente, pois produz, um sentimento de discriminação.

4.1.2 Princípio da liberdade

A escolha do regime de bens é uma liberdade do casal, conforme o artigo 1.639 do Código Civil aduz: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.”

O princípio da liberdade consiste na garantia à vida privada, e pauta-se na dignidade da pessoa humana.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2009, p.46)

Evidenciado que há liberdade de opção pelo regime de bens por parte dos nubentes, não há motivo para que o legislador restrinja tal liberdade em razão da idade, como o fez em relação às pessoas maiores de setenta anos.

4.1.3 Princípio da igualdade

A noção de igualdade abrange a igualdade formal, ou seja, igualdade perante a lei; e a material, que se qualifica como sendo a que busca, por meio de instrumentos de promoção da igualdade social e jurídica, as mesmas oportunidades a todos os

indivíduos, para que estes possam usufruir dos bens da vida, de modo a considerar as desigualdades concretas existentes na sociedade.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 2003, p.181)

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 3º, IV, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou de quaisquer outras formas de discriminação.

Enquanto no art. 5º, II, prescreve a igualdade perante a lei, sem qualquer distinção, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, inclusive, no inciso I, igualando homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Para Canotilho (2003, p.428), haverá observância da igualdade “quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais”. E continua afirmando que “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”. E segue esclarecendo que “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.

Já Araújo e Nunes Júnior (2006, p.132) mencionam os elementos para a implementação do princípio da isonomia:

- a) fator adotado como critério discriminatório;
- b) correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada;
- c) afinidade entre a correlação apontada no item anterior e os valores protegidos pelo nosso ordenamento constitucional.

Dessa maneira, nenhum elemento, em si, poderá ser tido como válido ou inválido para a verificação da isonomia.

Em relação à obrigação de regime de separação de bens, para os maiores de setenta anos, não existe um critério hábil a diferenciar os idosos das demais pessoas, nem correlação lógica entre a discriminação e o tratamento dado àquelas pessoas, pois a idade não significa incapacidade.

Conforme escreve Melo (2003, p.10) “A lei deve ser instrumento regulador da vida social e não fonte de privilégios e perseguições”. O princípio da igualdade é pressuposto da dignidade da pessoa humana, de maneira que não pode existir tratamento discriminatório por qualquer motivo, como por exemplo, em relação à idade, a fim de que referido princípio não seja atingido na sua dimensão formal e material.

4.2 O Estatuto do Idoso

Com a aprovação em 1º de outubro de 2003 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), surgiu importante instrumento de defesa do idoso, com disposições específicas sobre a atuação estatal e da sociedade, objetivando um envelhecimento digno desta parcela da população.

Em culturas orientais, como mostra Bertelli (2006, p.2), “é comum o idoso estar engajado em atividades de trabalho”, isto é, ser respeitado por sua sabedoria e experiência, entretanto em sociedades ocidentais como a brasileira, o idoso é visto como alguém que não possui mais capacidade de participar da cadeia produtiva.

Quando se coloca o idoso à margem da sociedade princípios como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana são negligenciados, de forma que são retiradas do idoso as garantias constitucionais cabíveis a qualquer indivíduo.

Whitaker (2007, p.14-15) afirma que:

Não basta existir o Estatuto do Idoso. É preciso que ele seja cumprido na íntegra. Não basta proclamar hipoteticamente a sabedoria dos velhos. É preciso criar infra-estrutura apropriada às limitações da idade - especialmente no espaço urbano - para que possamos exercer essa sabedoria. [...] Vivemos em sociedades industriais, caracterizadas por um consumo desvairado, poluídas desde o solo até a camada de ozônio, marcada pelo estresse das formas mais deletérias de sociabilidade, com predominância da competição. Nesse tipo de sociedade nem os jovens adultos conseguem ter saúde.

Assim, a necessidade de um instrumento jurídico que possa estabelecer a isonomia entre os idosos e as demais pessoas da sociedade. O Estatuto do Idoso foi

construído sob os fundamentos da doutrina da proteção integral, motivo pelo qual estabelece direitos diferenciados em face da condição peculiar dos indivíduos que estão passando por um processo natural de envelhecimento que envolvem aspectos biológicos, psicológicos e sociais.

O Estatuto do Idoso, no artigo 2º, prescreve que o idoso goza de todos os direitos fundamentais relativos à pessoa humana, restando-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades, para resguardar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Assim, tratar a pessoa de idade avançada de forma discriminatória, nítida é a violação ao referido estatuto.

Segundo o Estatuto do Idoso, artigos 2º e 3º, cabe a família, a comunidade e ao Poder Público assegurar, ao idoso com absoluta prioridade os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, compreendendo as garantias de: atendimento preferencial junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços públicos; preferência na formulação de políticas sociais e destinação de recursos públicos; viabilização de formas de convívio, ocupação e participação com as outras gerações; assistência no atendimento pela própria família; capacitação de pessoas para prestação de serviços, nas áreas de geriatria e gerontologia; esclarecimentos sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; garantia de serviços de saúde e assistência social e prioridade na restituição do Imposto de Renda.

Buscando dar efetividade aos direitos assegurados são elencadas, no artigo 45, medidas de proteção para as violações que possam ocorrer que se constituem em: encaminhamento do idoso à família ou curador; orientação, acompanhamento e apoio; tratamento de saúde em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; inclusão em programa oficial ou comunitário para tratamento da dependência de drogas tanto do idoso, como pessoa de sua convivência que o perturbe; abrigo em entidade ou temporário.

O Estatuto do Idoso trouxe não somente as medidas de proteção como também a determinação de ações governamentais e não-governamentais, artigos 46 e 47, para orientar o pleno atendimento ao idoso, como as políticas sociais básicas já estabelecidas pela Lei 8.842/94; políticas e programas de caráter supletivo; serviços de prevenção e atendimentos as vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; localização de parentes ou responsáveis de idosos deixados em hospitais e

instituições de longa permanência; proteção das entidades de defesa dos direitos do idoso e campanha para mobilizar a opinião pública a participar do atendimento ao idoso.

Conselhos nacionais, estaduais, distritais e municipais com previsão na Lei 8.842/94 encarregam-se do cumprimento dos direitos dos idosos.

O Estatuto do Idoso “é resposta ao preceito constitucional que previu uma custódia inaudita àquele que – alternativamente à morte precoce – atingiu a ancianidade” (NALINE, 2012, p.446). Apresenta-se como instrumento capaz de tutelar a dignidade da pessoa idosa, reduzindo as desigualdades e gerando um crescente sentimento de cidadania.

Como afirma Schopenhauer (2012, p. 20):

o velho não é um inválido do tempo, e a velhice não é simplesmente o ocaso da vida, que se tem de protelar o máximo possível, nem a fase do "marasmo" senil e da perda dos sentidos, que conflui na morte. A velhice torna-se, antes, o coroamento da existência, o fim positivo, para o qual o indivíduo se prepara e todo o decorrer da vida se orienta. Se for mesmo verdade que já começamos a envelhecer desde o nascimento [...] *a qualquer momento da vida é nossa tarefa envelhecer bem.*

As pessoas envelhecem, mas continuam querendo exercer sua autonomia, pois a vida não está restrita a juventude, mas perpassa por todas as fases e a terceira idade apenas pode significar uma mudança de estilo de vida, onde as pessoas se permitam realizar desejos que outrora não foram satisfeitos em face, por exemplo, da jornada de trabalho que desempenhavam ou a responsabilidade na criação e educação dos filhos.

5 INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DOS MAIORES DE 70 ANOS

O Código Civil de 2002 trouxe muitas alterações, dentre as quais a autonomia privada, quanto à escolha do regime de bens. Entretanto, embora avançado em certos pontos, mostrou-se retrógrado ao limitar a escolha do regime de bens aos idosos maiores de setenta anos, atentando contra as diretrizes do Estado Democrático de Direito e da Constituição Federal, quando dispôs no artigo 1.641, II, a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento, para as pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

Lôbo (2009, p.302) aduz que tal restrição atenta contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana “por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus”.

Assim, à medida que o artigo 1641, II do Código Civil retira dos idosos com mais de setenta anos a possibilidade de decidir questões patrimoniais referentes ao seu casamento, entra em choque com o postulado da dignidade humana estabelecida no texto constitucional.

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. (DINIZ, 2011, p.132).

De forma, é imposto o regime da separação legal de bens, que gera a incomunicabilidade absoluta. A intenção do legislador, para a restrição em análise, se sustenta na proteção do idoso contra o interesse meramente econômico de pessoas que quisessem com o mesmo contrair núpcias, como menciona Carvalho Filho (2010, p. 1641) de “uma união fugaz e exclusivamente interesseira” e, na proteção aos herdeiros.

Entretanto, não se pode presumir que o casamento se dará com pessoa de idade diferente e, apenas, por interesse econômico, como também que não haverá esforço mútuo para aquisição e conservação do patrimônio amealhado.

Pereira (2009, p.197) diz que a regra não possui justificativa econômica ou moral, “pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para substituir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir”.

A Constituição veda a discriminação em razão da idade, bem como assegura proteção especial ao idoso. Logo, ninguém pode ser discriminado em função da sua idade, como se esta fosse causa natural de incapacidade civil; visto que não há justificativa para a limitação da capacidade de qualquer indivíduo, vez que:

Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda. (SARLET, 2001, p.44)

A capacidade civil, conforme a legislação vigente, é entendida como a capacidade plena da pessoa reger sua vida, seus bens e sua aptidão para os atos da vida civil, sendo adquirida, em regra, nos termos do artigo 5º do Código Civil, com a maioria.

É certo que algumas pessoas não possuem discernimento, para tanto devem passar por um processo judicial de interdição, sejam idosas ou não, o que constitui situação específica passível de afastar a plena capacidade do indivíduo, devendo ser cercada de todas as precauções legais. No entanto, em nenhum momento o Código Civil elenca a senilidade como causa de incapacidade civil, até mesmo porque, em tal estágio da vida, não se pressupõe a falta de lucidez.

Ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioria e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de **interdição** (CPC 1.177 a 1.186). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatório que o interditando seja interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa. DIAS (2013, p. 487)

Vê-se, também, que a legislação possibilita tratamento diverso ao casamento e à união estável, uma vez que nela há a presunção de colaboração mútua na aquisição do patrimônio, na constância da união e possível divisão desses bens, por ocasião da separação, ou seja, permite a comunhão parcial de bens, sem qualquer ressalva em relação à idade dos companheiros, em evidente desrespeito ao princípio da igualdade, em face do tratamento desigual entre os dois institutos.

A aplicação do artigo 1.641, II do Código Civil, que não permite a comunicação dos bens, pois determina a aplicação da separação obrigatória do patrimônio, gerou um sentimento de injustiça, por permitir o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges. Tal situação levou o Supremo Tribunal Federal a editar, no ano de 1964, a Súmula nº 377 que assim dispôs: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, alterando o regime imposto legalmente, ao permitir a comunicação dos bens amealhados durante o período de casamento, ou seja, na prática, torna o regime da separação total de bens em regime da comunhão parcial.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, questiona-se a aplicação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, entendendo os doutrinadores, como Dias (2013, p.487), que:

A reedição da mesma norma no atual Código Civil, sem atentar a jurisprudência, consolidada na súmula, não significa que ele tenha sido revogada. Ainda que algumas vozes tentem sustentar sua derrogação, a jurisprudência continua a invocá-la em face da enorme dificuldade de conviver com a ideia do enriquecimento sem causa.

Por outro prisma, os idosos mantêm legalmente preservados muitos direitos, como votar, exercer atividade profissional, doar bens, fazer testamento e adotar pessoas. O idoso, como qualquer outra pessoa, preserva o direito à propriedade privada nos termos do artigo 5º, XXII e 170, II da Constituição Federal, também previsto no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.228, sem qualquer restrição. Possuindo o direito à propriedade privada, pode, livremente, dispor em relação ao regime de bens.

Observe-se que a própria Constituição Federal assegura ao maior de setenta anos a possibilidade de exercer profissão liberal ou atividade comercial ou industrial, ser Ministro de Estado, Deputado Federal, Senador da República, Vice-Presidente da República, Presidente da República, mas a Lei não lhe permite o direito de escolher o regime de bens de casamento! (MAIA JÚNIOR, 2011, p.195)

Assim, a ordem jurídica constitucional, em face da evolução no conceito de família, dos princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, não se coaduna com o inciso II do art. 1.641 do Código Civil.

Tartuce (2011, p.350-351) relaciona as razões para se considerar inconstitucional a previsão trazida no artigo 1.641, II do Código Civil:

A primeira Justificativa é que a norma discrimina o idoso, afrontando o artigo 5º da Constituição Federal. A segunda razão é que atenta contra a liberdade do indivíduo, fundada na sua dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88). A terceira é o desprezo ao afeto, fundado no princípio da solidariedade social e familiar (art. 3º, inc. I, da CF/88). A quarta justificativa é de que a norma protege excessivamente os herdeiros, sendo pertinente citar o dito popular que aduz: *filho bom não precisa, filho ruim não merece*. A quinta, e última, está relacionada à conclusão de que não se pode presumir a incapacidade de escolha de pessoa que tem mais do que essa idade.

Dessa forma, a obrigatoriedade do regime da separação de bens, para as pessoas maiores de setenta anos, se reveste de flagrante inconstitucionalidade. Dantas (2010, p.56) diz que “a apreciação da constitucionalidade das leis e atos apresenta-se, em última análise, como a garantia maior de *defesa da liberdade individual*, sabedora de

que esta não ficará a mercê dos caprichos e vontades daqueles que, mesmo temporariamente, estão no poder.” Deve, pois, o artigo 1.641, II, ser considerado inconstitucional.

Projetos de Leis como o de autoria do deputado Osório Adriano (DEM-DF), de nº 4944/2009, atualmente arquivado, que tinha por objetivo alterar artigo 1641, II, do Código Civil, passando a idade de 70 para 80 anos, em nada modifica a discriminação ao idoso, uma vez que a questão etária não é pressuposto para o discernimento, especialmente no que se refere a escolha de bens.

Merece menção o Projeto de Lei nº 2.285/2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e apresentado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que visa a criação do Estatuto das Famílias e propõe a revogação de dispositivos de vários diplomas legais referentes ao tema, em especial, a revogação do Livro IV – Do Direito de Família (artigos. 1511 a 1783) da Lei nº 10.406/02 - Código Civil.

No Livro IV do Código Civil está incluído o art. 1641, II, de forma que se for aprovado o referido Projeto de Lei, vigorará a liberdade dos nubentes, não importando a idade, de estipular quanto ao regime de bens e não havendo declaração de vontade, vigorará o regime da comunhão parcial. Proposta que se mostra compatível com os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

6 CONCLUSÃO

O Direito Civil deve ser interpretado segundo a Constituição Federal de 1988, que, como norma fundamental do Estado Democrático de Direito, constitui-se no fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Logo, uma lei que não leve em consideração a Constituição não possui força obrigatória.

Todo ordenamento constitucional é informado por princípios, que se tornam fontes dos diferentes ramos do Direito, influenciando tanto em sua formação quanto em sua aplicação.

Suprimir o direito de escolha dos maiores de setenta anos quanto ao regime de bens para o casamento, determinando a separação de bens, é desconsiderar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade.

Atualmente, diante das novas possibilidades de constituição familiar, está se vivendo um momento distante daquele em que a família era classificada como patrimonialista.

A intenção do legislador, para a restrição em análise, se sustenta na proteção do idoso contra o interesse meramente econômico de pessoas que quisessem com o mesmo contrair núpcias e na proteção aos herdeiros.

Tal fundamento, ao invés de proteger, acaba por prejudicar, pois limita a autonomia privada do idoso e o impede de vivenciar, em plenitude, as suas escolhas de vida, partindo da presunção de que não pode ser protagonista de uma verdadeira história de amor.

Com a longevidade maior, avanço tecnológico e científico, a pessoa idosa, assim como a sociedade, evoluiu. O idoso pratica inúmeros atos da vida civil sem a intervenção de outrem, usufruindo de capacidade civil plena, no entanto, o dispositivo do artigo 1.647, II do Código Civil não acompanhou tal evolução, mostrando-se como dispositivo discriminatório.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, veda qualquer tipo de discriminação, seja por raça, sexo, cor e idade, enquanto o Estatuto do Idoso traz, além de instrumentos de proteção aos direitos dos idosos, diretrizes para a orientação da atividade do Estado, objetivando a implantação da política de atendimento ao idoso.

Assim, o Código Civil não pode continuar a utilizar-se de um critério como a idade, para definir a escolha do regime de bens no casamento, pois o mesmo se encontra em desconformidade com os valores constitucionalmente consagrados.

Pelos motivos explanados, vê-se que o inciso II do art. 1.641 do Código Civil é inconstitucional, uma vez que não se mostra compatível com a ordem jurídica vigente.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERTELLI, Sandra Benevento. **Quem é o idoso hoje?**. *In.*: O idoso não quer pijama! aprenda a conhecer e como tratar esse novo cliente. Coord. Sandra Benevento Bertelli. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado**. Coord. Cezar Peluzo. 4 ed. São Paulo: Manole, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna. 2002.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3. ed. (Edição histórica). Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.v.6.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A nova família, de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas**. Revista Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 586-627, mai./ago. 2013.Quadrimestral.

NALINI, José Renato. **A dignidade do idoso no Brasil**. *In.*: Direito e dignidade da família. Do começo ao fim da vida. Org. Antônio Jorge Pereira Júnior...[et al.].São Paulo: Almedina, 2012.

OLINO, Rita. **Quem é o idoso hoje?**. *In.*: O idoso não quer pijama! aprenda a conhecer e como tratar esse novo cliente. Coord. Sandra Benevento Bertelli. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.v.5.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Direito à velhice**: A proteção constitucional da pessoa idosa. *In.*: Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. Org. Antonio Carlos Wolkmar...[et al.]. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de envelhecer, ou, senilia**.Org. Franco Volpi.São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela Jurídica do Idoso: a Assistência e a Convivência Familiar**. Campinas: Alínea, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Artigos 1.639 A 1.657 CC**. *In.*: Código das Famílias Comentado. Coord. Leonardo Barreto Moreira Alves. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WHITAKER, Dulce C. Andreatta. **Envelhecimento e poder**. Campinas: Alínea, 2007.