



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS FAMÍLIAS DO BRASIL NOS
CASOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIA PARA OS
MAIORES DE 70 ANOS**

Pétala Jordanna Bezerra Flor

Novembro, 2021
Santa Rita – PB

PÉTALA JORDANNA BEZERRA FLOR

**OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS FAMÍLIAS DO BRASIL NOS
CASOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIA PARA OS
MAIORES DE 70 ANOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB (DCJ-
CCJ), como requisito parcial para obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientadora: Dra. Duina Mota da Figueredo Porto

Novembro, 2021
Santa Rita – PB

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F632l Flor, Petala Jordanna Bezerra.

Os limites da interferência estatal nas famílias do Brasil nos casos do regime de separação de bens obrigatória para maiores de 70 anos / Petala Jordanna Bezerra Flor. - João Pessoa, 2021.

52 f.

Orientação: Duina Mota da Figueredo Porto.
Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Regime de separação obrigatória de bens. 2. Pessoas maiores de 70 anos. 3. Atuação estatal. I. Porto, Duina Mota da Figueredo. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

PÉTALA JORDANNA BEZERRA FLOR

**OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA ESTATAL NAS FAMÍLIAS DO BRASIL NOS
CASOS DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIA PARA OS
MAIORES DE 70 ANOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas da UFPB (DCJ-CCJ), como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito

Data de Aprovação: __/__/__

Banca Examinadora:

Duina Mota da Figueredo Porto
Prof^a Dr^a do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB – Orientadora

Clóvis Marinho de Barros Falcão
Prof. Dr.do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB

Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo Lima
Prof^a Dr^a do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB

RESUMO

O presente trabalho propõe a investigação sobre o regime de separação de bens obrigatória para maiores de 70 anos e como isso é reflexo da atuação estatal em relação às famílias no ordenamento jurídico brasileiro. O problema da pesquisa consiste na seguinte indagação: até que ponto a atuação estatal no que tange à restrição da escolha do regime de bens no casamento entre idosos ocorre realmente para a proteção das famílias e é constitucional? Ao compreender os principais conceitos envolvidos na temática e analisar o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre outros direitos fundamentais relacionados, indicam-se possíveis modificações necessárias à ação estatal no âmbito familiar. Os objetivos da pesquisa, portanto, são a análise da atuação do Estado em relação aos núcleos familiares, especificamente os formados pela união matrimonial entre idosos; o alerta para o perigo de uma visão restrita da família e a indicação de soluções alternativas para a proteção das famílias nesses casos. Como método de pesquisa foi utilizado o hipotético-dedutivo, sendo apresentada a instituição do casamento e a situação dos idosos em geral, passando pela formulação de hipóteses acerca do problema a partir da análise da produção legislativa e obras que se posicionam com base nas leis, projetos, estatutos e jurisprudência em questão. Testa a premissa que se trata da influência de uma restrição que delimita sobre algumas famílias uma intervenção do Estado que pode ser prejudicial.

Palavras-chave: Regime de separação obrigatória de bens. Pessoas maiores de 70 anos. Atuação estatal.

ABSTRACT

The present work proposes to research the mandatory separation of property regime for people over 70 years of age and how this is a reflection of the state's actions in relation to families in the Brazilian legal system. The research problem consists of the following question: To what extent does the state's action in terms of restricting the choice of property regime in marriage between elderly people really take place for the protection of families and is it constitutional? By understanding the main concepts involved in the theme and analyzing the principle of human dignity and equality among other related fundamental rights, if possible changes to state action in the family context. The research objectives, therefore, are an analysis of the State's performance in relation to family nuclei, specifically those formed by the marital union between the elderly; the warning of the danger of a restricted view of the family and the indication of alternative solutions for the protection of the families in the case. As a research method used the hypothetical-deductive, being presented the institution of marriage and the situation of the elderly in general, going through the basis of hypotheses about the problem of analyzing the legislative production and works that we position based on the laws, project, statutes and jurisprudence in question. It tests the premise that it is about the influence of a restriction that delimits on some families an intervention of the State that can be harmful.

Key words: property regime, people over 70 years, society, State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CASAMENTO E OS REGIMES DE BENS NO DIREITO DE FAMÍLIA	12
2.1 O casamento: noções essenciais	12
2.2 Tipos de regime de bens e princípios regentes	16
2.3 O regime da separação obrigatória de bens	19
3 O (NÃO) DIREITO DOS IDOSOS NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS	26
3.1 Breve histórico	26
3.2 A restrição da capacidade dos idosos x O Estatuto do Idoso	29
3.3 A inconstitucionalidade da limitação imposta aos cônjuges maiores de 70 anos	33
4 A JURISPRUDÊNCIA E A SÚMULA 377 DO STF	37
4.1 Casos concretos e decisões judiciais	37
4.2 O afastamento da aplicação da Súmula nº 377	41
4.3 Direitos fundamentais em questão	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Ou seja, o exercício do poder não se dá de qualquer forma, ele deve ser limitado pelos direitos humanos e fundamentais, inclusive acima das vontades das maiorias. Assim sendo, esses direitos não se constituem como algo que o Estado pode dispor como objeto de permuta ou passível de autorização, já que são em seu cerne inalienáveis e imprescritíveis, constituindo limites tanto a particulares quanto contra o próprio Estado.

A interferência do Estado na vida privada dos indivíduos pode ser justificada como forma de regulamentação e proteção, sobretudo dos direitos pessoais e patrimoniais dos mais vulneráveis como as mulheres, as crianças e os idosos. Porém há que se refletir acerca dos limites dessa atuação estatal ou das fronteiras entre a necessária proteção e a (possível) invasão na autonomia privada. Existem diferentes aspectos da interferência estatal na vida privada dos indivíduos, um deles é a definição das formas, da constituição e da dissolução das famílias através da legislação e do Poder Judiciário, quando instado a se pronunciar nos casos concretos. Tal regulamentação não abrange todas as formas de famílias existentes na sociedade, apesar dessas normas corresponderem a visão do senso comum do que seria família.

Desta forma, questiona-se o papel do Estado se deve se deter em regular um modelo específico familiar ou promover a dignidade humana e a diversidade incluindo os diversos tipos de relações familiares. Pois, o que não é reconhecido pelo mundo jurídico, fica à margem da proteção estabelecida por certos direitos e benefícios estando, muitas vezes, à mercê de conflitos judiciais para transpor as barreiras da exclusão em que estão inseridos.

Sabe-se que as intrincadas relações que se estabelecem no interior da família impactam na dignidade humana, de modo que precisam de um tratamento especial pelo Direito, para que este cumpra a sua função protetiva e promocional. Por isso, em alguns casos, há prazos mais curtos e possibilidade de audiências de conciliação ou acordos, para atender mais rapidamente os objetivos dos envolvidos. Por outro lado, os benefícios e os deveres nem sempre se concretizam, seja devido ao formato engessado da Justiça brasileira ou por serem aplicados de forma que não são respeitados.

Nesta pesquisa, busca-se reunir dados e informações com o propósito de analisar de que forma a interferência estatal é reflexo das desigualdades e pode cercear a liberdade de indivíduos de acordo com a constituição familiar que formaram, propondo uma regulamentação jurídico-

estatal das relações familiares a partir do constitucionalismo. Sendo o principal aspecto analisado a atribuição do regime de separação legal de bens de forma obrigatória quando um dos cônjuges contar com mais de 70 (setenta) anos.

Assim, o problema da pesquisa pode ser descrito a partir da disposição legal que restringe a escolha do regime patrimonial dos bens dos cônjuges septuagenários: não constitui uma limitação que demonstra contradições em relação a lei especial do Estatuto dos Idosos? Em decorrência das consequências e influência diante da jurisprudência e de decisões sumuladas. Houve a procura de formas para melhor aplicar o dispositivo legal analisado.

Na Constituição Federal de 1988 o art. 226 dispõe: “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.”, enquanto está previsto no seu art. 230 a garantia ao direito à vida, a dignidade e a participação na comunidade para as pessoas idosas estabelecendo o amparo aos idosos como dever da família, sociedade e Estado. O papel do ente estatal está determinado de diferentes formas, para o mesmo objetivo, a proteção dentro do âmbito familiar, sendo pertinente a compreensão de como se dá.

Assim, é perceptível que a eficácia de direitos fundamentais pode ser comprometida na situação em que o Estado com o objetivo de proteger a família, acaba entrando em conflito com os direitos daqueles que são considerados vulneráveis, na questão analisada os idosos, num momento em que se define os aspectos patrimoniais das relações conjugais, por isso a proposta de pesquisar e analisar como o Estado deve atuar em relação aos núcleos familiares.

O primeiro capítulo procura adentrar no âmbito do casamento e as questões que o envolvem, abordando o seu conceito, a natureza jurídica, a finalidade, as espécies e os elementos que o compõem, sendo estes os requisitos e formalidades.

A partir da apresentação do que é o casamento, são constituídos os fatos históricos que contribuíram para sua origem e moldaram os seus aspectos até os dias atuais. Posteriormente, alguns conceitos relativos são trabalhados como o de regime de bens e cada um dos seus tipos, os princípios que os regem e em especial o regime de separação de bens.

O casamento tem múltiplas acepções, por causa das modificações ao longo do tempo e das diferentes visões acerca do seu papel na sociedade influenciadas por diversos valores. Na legislação brasileira o casamento possui uma série de formalidades e consequências jurídicas, uma delas é o regime de bens que atualmente é disposto em quatro tipos podendo ser estipulados também de maneira mista.

O regime de separação de bens é, em regra, utilizado para que não haja mudança no patrimônio dos cônjuges. Pode ser estabelecido de forma convencional ou obrigatória, na primeira há a liberdade individual para administrar sua propriedade sem a interferência do outro e na segunda forma a divisão dos bens de cada não é uma escolha, é uma prescrição legal.

O segundo capítulo explora a situação dos idosos na escolha do regime de bens, destacando a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos ao comparar a legislação que procura discipliná-la com o Estatuto dos Idosos e conclui-se com a indicação da inconstitucionalidade da norma por entrar em conflito com princípios constitucionais basilares.

Nesse sentido, são apresentadas algumas decisões de Tribunais que corroboram com essa proposição a partir de julgamentos que questionam a regra em vigência e adaptam a disposição de acordo com o caso concreto. Formando, portanto, entendimento jurisprudencial divergente que levanta argumentos como a incompatibilidade com a sociedade de fato entre os cônjuges e existência de união estável anterior.

O último capítulo, o terceiro, adentra na análise de casos e decisões judiciais que abordam o tema assim como a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que traz uma interpretação com a finalidade de mitigar o regime de separação de bens obrigatória. Também são retomados os direitos fundamentais sob essa visão.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais em questão, retoma-se o ponto da inconstitucionalidade diante da falta de aplicação dessas liberdades essenciais aos cidadãos com a imposição do regime de separação de bens. Por fim, discute-se as abordagens de diferentes autores sobre o assunto e os resultados da pesquisa são indicados.

Verifica-se que de algumas formas é necessário haver a presença do Estado para a proteção da família, de outras observam-se exageros que podem prejudicar os indivíduos envolvidos. O limite da interferência estatal deve observar o combate às desigualdades e o cerceamento da liberdade para constituir famílias, considerando a diversidade e outros direitos fundamentais.

Se há na legislação uma norma que não engloba e respeita todas as estruturas familiares, então é possível que os indivíduos e grupos afetados procurem formas de solucionar o que os impede, seja ignorando ou enfrentando a situação em que o legislador os colocou.

Procurando demonstrar as consequências do problema, a investigação foi realizada através de pesquisa bibliográfica, documental e com a análise de decisões judiciais. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, no qual inicia-se com um problema no conhecimento científico, passando pela

formulação de hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, testando a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela referida hipótese.

Ao final conclui-se que os objetivos foram desempenhados com a confirmação da influência de uma visão delimitada sobre a família na atuação do Estado, tendo em vista que foram descritos conceitos e suas características assim como explorados fatos e ideias em casos que exemplificam a necessidade de limites quanto a intervenção estatal nas famílias.

2 O CASAMENTO E O REGIME DE BENS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O casamento pode ser compreendido como um ato, contrato ou relação conjugal protegida pelo ordenamento jurídico-estatal, especificamente através do Direito de Família, que regula direitos de ordem pessoal e patrimonial concernentes às relações familiares. No aspecto pessoal, o Direito de Família normatiza o casamento e os vínculos de parentesco; no âmbito patrimonial, regulamenta o regime de bens, o usufruto e a administração dos bens dos filhos menores, os alimentos e o bem de família.

Para o presente trabalho, interessam noções essenciais sobre casamento, como o conceito, as transformações históricas, sua natureza jurídica e finalidade, tanto o que está disposto na lei quanto os desdobramentos doutrinários.

O regime de bens – que diz respeito às normas que regulam as relações patrimoniais entre os cônjuges – será analisado de modo mais genérico quanto à comunhão universal, parcial, participação final nos aquestos, o regime misto e, de maneira destacada, em tópico próprio, quanto à separação obrigatória de bens, foco da pesquisa.

2.1 O casamento: noções essenciais

Dentro da nossa sociedade, unir-se a outra pessoa com quem se relaciona afetivamente e formar uma família é o desejo de muita gente: umas planejam, outras fazem por impulso, mas a vontade é algo comum para que o casamento seja realizado. O casamento, assim, pode ser definido como um ato de celebração ou como a relação conjugal que gera um vínculo entre os cônjuges e uma série de consequências. Nesse sentido:

Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. (DIAS, p. 148, 2015)

O Código Civil destaca a “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” como o que deve ser firmado com o casamento, segundo o seu art. 1511. Desta forma, também dispõe sobre a proteção dessa comunhão contra a interferência estatal ou de qualquer ente, em seu art. 1513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

De acordo com Pereira (2015) o casamento é um contrato formal e solene que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e estabelece regras de convivência e colaboração, instituindo uma família. Ainda existe a definição mais tradicional que afirma que somente é feito entre um homem e a mulher, além de excluir pessoas homoafetivas, transgêneros, entre outras. Nesse sentido, esse tipo de definição, por exemplo, coloca: “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que se unem material e espiritualmente para constituírem uma família” (LEITE, 2005, p. 47).

É devido a sua história antiga que sua concepção não é única e foi modificada ao decorrer do tempo, sendo permeada por valores culturais, sociais, religiosos, étnicos e jurídicos que revezam a força da sua influência. Até os romanos deixaram mais de uma definição, uma delas é a de Modestino e vem da época clássica possuindo um tom de grandiosidade e aspecto sacramental, nesses termos: “matrimônio é a união do homem e da mulher, implicando igualdade de vida e comunhão de direitos divinos e humanos” (MIRANDA, p.87, 1955).

Ainda sob visão religiosa, a doutrina tradicional da Igreja católica considerou o casamento como contrato que se elevava à dignidade de sacramento, classificada por Miranda (1955) como doutrina do contrato-sacramento. A essa explicação opõe-se à doutrina do casamento instituição-sacramento. O autor ressalta que se queremos empregar a palavra “contrato” no sentido estrito do direito das obrigações, a doutrina da instituição ganha terreno. Se queremos, em vez disso, que os contratos de direito de família sejam distintos dos contratos de direito das obrigações, pode ser conservada a doutrina contratual, tanto mais quanto a doutrina da instituição não assentaria, por si só, a indissolubilidade do vínculo: coexistiria com as legislações civis e confessionais que concebesssem o casamento como dissolúvel pelo divórcio, como se passa no Brasil. Segundo Miranda (1955) só há uma explicação que é capaz de incluir a indissolubilidade: a de que a lei, por influência da religião, conserva o caráter de sacramento. Desta forma, ao lado ou sobre o contrato, que não implica a dissolubilidade, nem a indissolubilidade, está o sacramento, que estabelece ser indissolúvel o vínculo.

Por exemplo, durante muito tempo no Brasil só existiu casamento religioso, situação até 1891, quando ocorreu a instituição do casamento civil no ordenamento jurídico. Mesmo depois a influência religiosa continuou moldando a sua forma, a família que se formaria era patriarcal, a união era sagrada e, portanto, indissolúvel, seguindo os padrões religiosos. Advinda a separação, em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9, o Estado insistiu em manter obstáculos para que a dissolução não ocorresse e a união permanecesse por meio de requisitos indispensáveis. Além da

difícil separação, outras foram as consequências da persistência desse caráter sagrado, como a existência do casamento religioso com efeitos civis e a própria palavra matrimônio, utilizada como sinônimo frequentemente.

A partir de 1934, o casamento no Brasil passou a ser civil ou religioso com efeitos civis, o que significa que para aqueles que desejam casar das duas formas não é mais necessário casar duas vezes, devem fazer todo o procedimento para o casamento civil comum, seguindo as formalidades exigidas no art. 1516, caput e §1º do Código Civil, ou seja, após a habilitação regulada pela lei mediante comunicação ao ofício competente, o registro civil do casamento religioso deverá ser promovido no prazo de 90 (noventa) dias da sua realização.

Além do casamento civil e do religioso com efeitos civis, existem outras espécies de casamento, sobre as quais não se discorrerá neste trabalho, para não extrapolar o âmbito da discussão proposta. São exemplos de tipos de casamento aqueles previstos nos arts. 1542, 1540, 1561 e 1539 do Código Civil: por procuração, nuncupativo, putativo, consular, em caso de moléstia grave, etc. Estes possuem regras específicas de acordo com cada situação, como o civil, estabelecido no art. 1512 do CC, e o religioso com efeitos civis, determinado nos arts. 1515 e 1516, além do art. 226, §1º e 2º da CF/88, são os mais comuns, sendo mencionados os seus requisitos e formalidades.

Segundo Dias (2015), o casamento está envolto por peculiaridades, por ter aspectos diversos, sendo considerado por muitos um contrato *sui generis*, mas que se encaixa mais como negócio jurídico bilateral do direito de família. Há interesse do Estado por ser através do matrimônio que se constitui a célula mãe da sociedade, a família, contudo, a manifestação da vontade dos noivos é o interesse que mais deve ser respeitado, pois eles que formarão a relação conjugal.

A discordância entre autores originou diferentes correntes que discutem a natureza jurídica do casamento, porém, como muitas teorias jurídicas, apenas servem para exprimir um posicionamento, já que os efeitos do casamento permanecem os mesmos independentemente da corrente ser individualista, institucional ou eclética/mista, explicadas a seguir:

As divergências doutrinárias são tão acentuadas que ensejaram o surgimento de três correntes: (a) a doutrina individualista, influenciada pelo direito canônico, vê o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; (b) a corrente institucional destaca o conjunto de normas imperativas a que aderem os

nubentes; e (c) a eclética vê o casamento como ato complexo, um contrato quando de sua formação e uma instituição no que diz respeito ao seu conteúdo. (DIAS, 2015, p. 149)

Antes da Constituição atual, a visão institucionalista era predominante, acreditava-se que as formalidades e prescrições legais deveriam ser obedecidas integralmente a qualquer custo para garantir a proteção da família como entidade social essencial, mesmo acima das próprias pessoas que a constituem.

Dessa forma, através de manifestação dos sujeitos que desejavam possuir a possibilidade de se casar e daqueles que os apoiavam, por meio da mudança de contexto histórico, político e social, as circunstâncias mudaram. Seja com a discussão da promulgação de novas leis ou mediante a pressão no Poder Judiciário, viu-se a necessidade de abranger as relações que poderiam se tornar oficiais por intermédio do casamento, assim como ressignificar o modelo de família. Uma das mudanças foi a possibilidade da união estável entre pessoas homoafetivas, e consequentemente depois o casamento, o que ocorreu de forma gradual como pode-se inferir com as informações a seguir.

Com o advento da Lei Maria da Penha (L 11.340/06), alargou-se o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. A partir da decisão do STF, que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. O STJ admitiu a habilitação para o casamento e a Resolução do CNJ impediu que fosse negado acesso ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. (DIAS, 2015, p. 154)

Outra modificação foi a simplificação do casamento entre pessoas com algum tipo de deficiência intelectual, pois antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência ser sancionado, os noivos dependiam do consentimento dos responsáveis legais e da autorização de um juiz por meio de uma ação judicial. Após a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ser adotada pela ONU e ratificada no Brasil, assim como a posterior adoção da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) as pessoas com deficiência intelectual passaram a gozar direitos cada vez mais em iguais condições aos outros cidadãos. Portanto, agora precisam apenas levar os documentos, apresentar as testemunhas e assinarem os papéis para que se tornem cônjuges.

Com efeito, o art. 6º da Lei nº 13.146/2015 versa explicitamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para se casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e

reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar.

É do interesse do Estado que o casamento ocorra entre pessoas no gozo de sua capacidade plena para que seja válido, deste modo a capacidade é um dos requisitos para realizá-lo. Todas as pessoas naturais, não se enquadrando nos casos do arts. 3º e 4º do Código Civil, estão aptas a se casar, pois são absolutamente capazes de direitos e deveres civis. Ademais, as pessoas que têm entre 16 e 18 anos podem casar, desde que apresentem autorização de ambos os pais ou representantes legais, na forma do art. 1517 do Código Civil.

Por ser solene e formal, a celebração do casamento exige um processo que compreende a habilitação, proclamas, cerimônia, registro obedecendo às especificações da lei civil. Outros requisitos são a forma monogâmica, a inadmissibilidade de submissão a termo ou condição e o caráter personalíssimo, ou seja, é necessária a manifestação pessoal dos noivos por sua própria escolha.

Esse caráter formal é a principal diferença do matrimônio para a união estável, ambos são caracterizados pela convivência contínua, pública e duradoura e possuem o mesmo objetivo principal comunhão de vidas e de constituição de família. Contudo, a união estável não está envolta de muitas das peculiaridades do casamento, podendo existir ou não a formalização, o estado civil não muda quando é feita, o processo de dissolução é semelhante, mas possui suas próprias características, e também é determinado o regime de bens na união. É possível converter a união estável em casamento, conforme assegurado no art. 226, § 3º, da CF/88. O art. 1.726 do Código Civil determina que o pedido deve ser formulado em juízo, para depois ter assento no registro civil. Outra possibilidade é de se casar após a união.

O ato de se casar é um marco na vida de qualquer pessoa, data que pode se tornar especial de muitas maneiras e declarar o início de um novo ciclo. Suas formalidades, espécies e requisitos se tornam apenas pontos a serem cumpridos ou levados em conta diante da decisão que é expressa durante a sua celebração. Portanto, esses pontos devem colaborar para que casamentos sejam realizados da melhor forma possível.

2.2 Tipos de regime de bens e princípios regentes

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento, não sendo possível a realização deste sem a determinação do regime de bens. É indispensável alguma espécie de regulação de ordem patrimonial. Quando duas pessoas constituem família por meio do casamento

é necessário se observar questões pertinentes às rendas, aos bens e às obrigações de cada uma, tanto para estruturar a convivência quanto no caso da dissolução do matrimônio. Logo, as regras do regime de bens estabelecido começam a vigorar desde a data do casamento, conforme art. 1639, § 1º do Código Civil.

A escolha de regime no casamento é expressada pelos futuros cônjuges mediante pacto antenupcial, instrumento que deve ser registrado via escritura pública e levado para o cartório onde será celebrada a união conjugal, previsto nos arts. 1653 a 1657 do Código Civil. Se não houver manifestação prévia através do pacto antenupcial, aplica-se ao casamento o regime da comunhão parcial de bens, também chamado de regime legal, nos termos do art. 1640.

O regime legal durante o Código Civil de 1916 foi o da comunhão universal de bens, pois devido ao fato de o casamento ser indissolúvel, o objetivo era que houvesse o compartilhamento pleno da vida e do patrimônio entre o casal. Dias (2015) explica que a Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77) modificou o regime legal para o da comunhão parcial, como dispõem os arts. 1640 e 1725 do Código Civil¹.

Dessa forma, o Código Civil de 1916 trazia quatro regimes de bens, quais sejam: o regime dotal², a comunhão parcial de bens, a separação total de bens e a comunhão universal de bens. Havendo a mudança mencionada anteriormente do regime de bens oficial, ou seja, o regime que consta quando o casal não escolher nenhum outro.

Já o Código Civil de 2002 traz o regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, regime de participação final nos aquestos e regime de separação de bens, que se encontram elencados nos artigos 1.658 ao 1.688. Também dispõe no artigo 1.639 que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Atualmente o regime legal ou convencional é o da comunhão parcial de bens, utilizado quando não é estabelecido qualquer outro ou se for nulo, assim como nos casos de união estável. Em linhas gerais, este regime determina que não se comunicarão os bens adquiridos antes da celebração da união, apenas aqueles adquiridos a partir do matrimônio. Está previsto nos arts. 1658

¹ Art. 1640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou eficaz, vigorará, quanto aos bens entre cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Art. 1725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

² O regime dotal é o em que os patrimônios de ambos os cônjuges se conservam sob o regime da separação ou da comunhão, salvo o conjunto de bens designado como dote, transferido pela mulher ou por alguém em nome dela, ao marido, para que o administre e o utilize para suprir encargos da vida conjugal e da família assim como os frutos e rendimentos do patrimônio recebido, devendo devolvê-lo com o término da relação conjugal, seja por morte ou separação. Conforme a definição dada por Miranda (1955).

ao 1666 do Código Civil, os quais versam sobre as especificações dos bens que entram ou não na comunhão, como ficam as dívidas e obrigações e as exceções.

O regime de comunhão universal de bens previsto entre os arts. 1.667 a 1.671 do Código Civil estabelece que todos os bens e dívidas adquiridas antes ou depois do enlace matrimonial são comuns, com exceção de bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão e outros referidos no art. 1.659, V a VII, assim como dos casos expressos no art. 1668.

Já na participação final nos aquestos³, cada cônjuge possui patrimônio próprio sem a necessidade de comunicar ou ter anuência do outro para fazer uma venda, por exemplo. Entretanto, num possível divórcio os bens são divididos aplicando-se as regras da comunhão parcial, ou seja, cada um recebe metade dos bens adquiridos na constância do casamento. Está disposto nos arts. 1672 ao 1686 e possui normas complexas.

Há, ainda, a possibilidade da criação de diferentes regimes, mistos, devido a garantia de escolha entre os tipos de regimes existentes. Embora não explícito na lei, permite-se sua realização devido ao princípio da variedade dos regimes sobre o qual será explanado adiante. Pode-se determinar um regime “x” para alguns bens e “y” para outros, desde que tudo seja acordado e não haja violação de direitos. Por ser objeto de investigação deste trabalho, o regime de separação de bens, tanto obrigatório como o convencional, será melhor detalhado no item a seguir.

Há quatro princípios fundamentais que estão presentes para o estabelecimento do regime de bens: a liberdade de estipulação, a variedade de regimes, a mutabilidade e a comunicabilidade. O primeiro determina a livre escolha do regime de bens do matrimônio pelas pessoas, só há a possibilidade de o Estado intervir em casos excepcionais visando a garantir a proteção das pessoas.

Desta forma, a autonomia de vontade na escolha quanto ao regime de bens é a regra geral assim como na aceitação da celebração do casamento, sendo de suma importância que seja efetiva para que este se torne válido.

O princípio da liberdade de estipulação é extraído do caput do art. 1.639 do Código Civil, segundo o qual é lícito aos nubentes, antes da celebração do casamento, estipular, quanto aos seus bens, aquilo que lhes aprouver.

³ Os aquestos são os bens pertencentes a cada cônjuge ou companheiro que foram adquiridos de forma onerosa e na constância da relação conjugal, incluindo as dívidas e os encargos. No regime da participação final são apurados na dissolução do casamento para que seja feito balanço contábil e apurado o valor de uma possível compensação em relação aos acréscimos patrimoniais de cada um. “A quantificação do patrimônio depende de um cálculo: ativo menos passivo. O produto dessa operação matemática é que cabe ser dividido, e que se costuma chamar de aquestos: bens adquiridos durante o casamento ou a união estável.” (DIAS, 2015, p. 339)

Como decorrência do princípio da liberdade de estipulação e considerando que a própria legislação civil prevê mais de um regime de bens, pode-se afirmar a existência do princípio da variedade de regimes aponta que os envolvidos podem escolher outros regimes que não estão especificados no ordenamento, desde que respeitem as regras e princípios da ordem pública, inclusive podem determinar um regime em geral e outro em relação a determinados bens.

Enquanto isso, o princípio da mutabilidade indica a possibilidade da alteração do regime de bens após a celebração do casamento, todavia com a supervisão do Estado visando novamente à proteção para que nenhuma pessoa seja prejudicada nem algum direito seja lesado. Para tanto é feito um pedido motivado por ambos cônjuges que deve ser autorizado por juiz após a verificação das razões apresentadas, procedimento previsto no §2º do art. 1639⁴.

Por último, o princípio da comunicabilidade define que deve haver a divisão do patrimônio comum, independentemente de quem o tem adquirido observando o disposto nos arts. 1511; 1566, III e 1565 do Código Civil, que falam da comunhão de vidas, mútua assistência e da responsabilidade pelos encargos da família respectivamente.

Existem exceções, sendo este o caso da exclusão dos livros e os instrumentos da profissão na partilha nos regimes da comunhão universal e parcial de bens em relação ao princípio da comunicabilidade, disposta nos arts. 1659 e 1668, V do Código Civil. Outra exceção é o art. 1641 do Código Civil que elenca relações em que os noivos não tem o direito de explicitar a sua vontade, impondo o regime de separação de bens quando ocorrer o casamento nas condições descritas.

É de suma importância a determinação do regime de bens pois regula as relações patrimoniais no início, durante e no final da relação conjugal ou união estável. O ideal é que seja feita de forma consciente para evitar problemas futuros e ainda assim, não isenta de que ocorram já que as relações podem mudar com o tempo. Mas, é o que traz a garantia mínima de como proceder diante da comunhão, separação ou qual seja a forma que os cônjuges ou companheiros decidiram administrar seus bens.

2.3 Separação de bens obrigatória

O fim da entidade familiar gera efeitos econômicos em todos os regimes de bens, exceto no da separação de bens, via de regra. A partilha de bens não existe, pois há a incomunicabilidade dos

⁴ “É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

mesmos. Assim, é como se não houvesse regime de bens, nada mudasse no patrimônio por conta do casamento ou da união, permanecendo separado o que é de cada um.

O regime de separação convencional de bens é aquele em que cada cônjuge detém a propriedade sobre seus bens, podendo administrá-los com liberdade, conforme art. 1687 do Código Civil, inclusive no caso da dissolução do casamento. Por isso, a propriedade é separada integralmente através da manifestação dos futuros cônjuges via pacto antenupcial. Os bens e as dívidas não se comunicam, incluindo aqueles adquiridos durante a união. Em regra, não há meação e as despesas são divididas entre os cônjuges na proporção dos rendimentos do trabalho de cada um, segundo o art. 1688 do Código Civil.

Essa restrição de ordem patrimonial não afasta a obrigação alimentar, que é baseada no dever de mútua assistência, independentemente do regime de bens do casamento. Também na jurisprudência, há o entendimento de que os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento durante o regime de separação legal podem ser partilhados, de acordo com a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Esses aspectos que indicam uma dificuldade de manter uma separação total de bens na prática quando há compartilhamento em outros âmbitos dentro do casamento ou da união.

O regime obrigatório de separação de bens está definido no artigo 1.641 do Código Civil de 2002, alterado pela Lei nº 12.344/2010, aplicando-se também os artigos 1687 e 1688. A principal característica, como dito, é a incomunicabilidade de todo o patrimônio ativo e passivo do casal adquirido antes e durante a constância do casamento. Todavia, diferentemente do regime convencional de separação de bens, neste regime a separação patrimonial não é uma escolha dos futuros cônjuges, mas uma imposição legal. Realmente, o art. 1641 do Código Civil traz as hipóteses:

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

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

Como se observa, apesar da regra geral para os regimes de bens ser a liberdade de escolha determinada no art. 1639, essa regra não se aplica nas situações acima descritas. Não é possível a escolha para os que se enquadram nos casos em que a separação de bens é obrigatória.

Sucessivamente, o art. 1641 do CC impõe o regime da separação legal ou obrigatória de bens. Como regime é imposto pela lei, há clara limitação da autonomia privada dos nubentes. Desse modo, nas suas hipóteses, se eleito por pacto antenupcial o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, tal convenção será nula por infração da ordem pública (art. 1655 do CC). [...] (TARTUCE, p.224, 2019)

Para que essa imposição restritiva seja aceita o objetivo deveria ser concreto e baseado em algum direito fundamental, o que não se verifica, já que a proteção visada é basicamente patrimonial. De acordo com Tartuce (2019), na hipótese do inciso I, procura-se evitar confusão de patrimônio nos casos de causa suspensiva ao casamento, tratados pelo art. 1523 do Código Civil.

Na segunda hipótese, pretende-se tutelar o idoso contra “más intenções” no casamento, principalmente se for com uma pessoa mais jovem, contudo o autor lembra que é difícil haver prejuízos afetivos nesse tipo de casamento, pelo contrário, há vantagens. Mais uma vez o patrimônio é a principal questão. O que também se verifica no inciso III, que trata da tutela dos vulneráveis que precisam de suprimento judicial para o casamento, os jovens entre 16 e 18 anos que não tiveram autorização dos pais, por exemplo.

Todas essas hipóteses acabam por valorizar o patrimônio em detrimento da pessoa, afrontando assim a repersonalização do direito civil, ainda que o Estado tenha interesse na preservação da família, cabe questionar até que ponto a liberdade e a privacidade das pessoas é passível de controle nas relações conjugais. Além disso, a proteção das famílias deve ser realizada através de formas que respeitem a sua diversidade e afetividade.

Segundo Lôbo (2004) o fenômeno denominado repersonalização das relações civis marca a valorização da pessoa ao invés de enfatizar seu patrimônio, aplicado às relações de família atribui a mesma a função de espaço de realização da dignidade da pessoa humana na convivência e na solidariedade afetiva. O autor afirma que a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica é um desafio ao jurista e ao direito. A pessoa deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, a propriedade passa a ter função complementar.

A família atual busca na solidariedade sua identificação, de acordo com o art. 3º, I, da Constituição Federal, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária ao repercutir esses aspectos nas relações familiares, constituindo o princípio da solidariedade familiar, um dos fundamentos da afetividade. O princípio da afetividade encontra esteio na própria Constituição Federal nas normas dispostas nos arts. 226, § 4º e 227, §§ 5º e 6º, as quais implicam respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

Dentro do regime de separação obrigatória de bens, a possibilidade de escolher que o futuro cônjuge participe da administração e tenha propriedade do patrimônio é desconsiderada; aqueles que desejavam uma comunhão de vida e de bens sofrem verdadeiras sanções patrimoniais. Entre elas, a vedação a contratação de sociedade entre si ou com terceiros, disposta no art. 977 do Código Civil, a qual foi corroborada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que não haja nenhuma razão ética para que duas pessoas sem patrimônio em comum não possam estabelecer sociedade de fato.:

CASAMENTO – REGIME DA COMPLETA SEPARAÇÃO DE BENS – PACTO ANTENUPCIAL – COMUNICAÇÃO DE AQUÊSTOS. Estipulando expressamente, no contrato antenupcial, a separação absoluta, não se comunicam os bens adquiridos depois do casamento. A separação pura é incompatível com a superveniência de uma sociedade de fato entre marido e mulher dentro do lar. Precedentes – REsps. 2.541-0/SP e 15.636-RJ (RE 0068834-4, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, j. 19.09.1999, DJ 29. 11.1999, p. 357)

Também é livre a venda de bens de ascendentes e descendentes sem a necessidade do consentimento do cônjuge, segundo art. 1687 do Código Civil, deixando evidente o objetivo do legislador de impedir o compartilhamento de patrimônio.

Determinar sanções para aqueles que se casam mesmo havendo causas para a suspensão da celebração, por serem maiores de setenta anos ou porque precisam de anuência do juiz não condiz com motivação notória que leve a essa imposição. Pode-se levantar a hipótese de proteger o interesse de alguém, contudo esse alguém não deveria ser um dos possíveis cônjuges? Pois, podemos observar, principalmente no caso do inciso II, uma proteção ao interesse de terceiros, possíveis herdeiros, interessados, entre outros, levada ao extremo a ponto de restringir a liberdade de escolha do regime dos maiores interessados e consequentemente a sua autonomia.

Nesse sentido, “o legislador imaginou que o maior de 70 (setenta) anos poderia se casar com uma pessoa que não estivesse se unindo por afeto, mas com intenção de angariar uma vantagem ilícita, tomando para si grande parte dos bens deixados pelo ‘de cujus’ (...)” (SANTOS, 2020, p. 11). Da mesma maneira, segundo a autora, pretende-se garantir aos herdeiros os bens, dos quais eles já teriam criado uma expectativa para o seu recebimento após o falecimento do *de cujus*.

Ademais, é um contrassenso um idoso não poder escolher o regime de bens, mas poder deixar um testamento determinando que seus bens serão da pessoa que for seu cônjuge ou companheira, mesmo que esse instituto não seja muito utilizado no Brasil. Aliás, nesse aspecto os tribunais têm decidido que a união estável deve obedecer ao que está disposto no Código Civil:

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 646259 RS 2004/0032153-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 22/06/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2010)

A decisão acima foi publicada antes da mudança da legislação que determinou a idade de setenta anos tanto para homem quanto para mulher para ser a divisão dos que podem e os que não podem escolher o regime de bens ao se casarem antes e depois de atingi-la, respectivamente, mas ainda é válida. Deste modo percebe-se que a única forma que os septuagenários têm de contrair matrimônio com outro regime de bens a não ser o de separação total obrigatória é já estando em uma união estável e convertê-la para o casamento, mesmo que haja divergência jurisprudencial, como se observa:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. UNIÃO ESTÁVEL. 1) REGIME DE BENS. ART. 1641, II, CC/02. INAPLICABILIDADE. Não se aplica à união estável o art. 1641, II, CC/02, por afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e pelo descabimento de aplicação analógica para restringir direitos. O regime de bens na união estável é o da comunhão parcial, ainda que um dos companheiros tivesse mais de sessenta anos. 2) DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. Ainda que a autora não tenha requerido o direito real de habitação, ele pode ser concedido de ofício. 3) MEAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. A sub-rogação, para ser reconhecida, deve restar inequivocamente demonstrada. Inexistindo tal prova nos autos, concede-se o direito de meação à autora sobre o imóvel adquirido na vigência da união estável. Apelação da sucessão/ré desprovida. Recurso adesivo da autora provido. (SÃO PAULO, 2013).

Aqueles que já viviam em união estável e decidem se casar após os 70 anos podem convertê-la em matrimônio ou fazer o mesmo procedimento do casamento comum. Em ambos os casos geralmente os efeitos patrimoniais operam a partir da conversão ou da celebração, ou seja, o regime de bens seria o da separação obrigatória. Contudo, na vigência da união já existia um regime que perdurou por anos.

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça entende que é permitida a escolha do regime de bens, pois casais nesses casos são exceções já que se uniram antes da idade da restrição e, portanto, não se enquadram na necessidade de cumpri-la, não há necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos por interesse exclusivamente econômico⁵.

Outro aspecto da restrição é que não há motivos para estabelecer regras por meio do pacto antenupcial, a não ser que estejam dentro do regime da separação total de bens, apesar dessa limitação legal ser questionada pela jurisprudência.

Imposto o regime da separação obrigatória, questionamentos há sobre a possibilidade e até a utilidade de os nubentes firmarem pacto antenupcial. Bem, se a finalidade for afastar o regime que a lei impõe, estaria ferido de ineficácia. Mas se for para adotar o regime da separação total de bens, o pacto se justifica, pois a constitucionalidade da restrição legal é questionada pela jurisprudência. (DIAS, p. 330, 2015)

⁵ REsp 1318281/PE.

Por exemplo, não obstante as determinações legais de separação obrigatória o Conselho da Justiça Federal (CJF)⁶, já entenderam que no caso das causas suspensivas do inciso I e III do artigo 1.641, podem os cônjuges proceder a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs, de igual modo, alguns julgados já vêm entendendo que cessada a causa suspensiva automaticamente o regime de separação obrigatória torna-se de comunhão parcial de bens, sem necessidade de averbação posterior.

Ou seja, entende-se que é uma imposição discriminatória, discutida por Pinheiro (2020), a qual não há uma maneira de contorná-la ainda sem a via judicial, existindo divergência jurisprudencial principalmente quanto ao casamento de septuagenários. De acordo com Dias (2015) ao se tratar de direito das famílias não é cabível amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que sejam identificados os princípios que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de respeito à dignidade humana. Portanto, é necessário questionar a norma para percorrer um caminho que a torne mais compatível com a sociedade e deixe de ocupar espaços para restringir e discriminar quando não é preciso.

Na verdade, há quem veja a imposição do regime da separação obrigatória de bens como mais uma intromissão indesejada do Estado na vida privada familiar. Em reforço, a imposição do regime estaria fundada em um *patrimonialismo exagerado*, que o Direito Civil Contemporâneo não mais deseja; visão que é compartilhada por este autor. Por isso, o Projeto de Estatuto das Famílias pretende retirar do sistema esse regime impositivo, o que viria em boa hora. Consta das justificativas da projeção que “por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório”. (TARTUCE, p. 225, 2019)

Diante dessa discussão, outros argumentos como a inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Estatuto do Idoso são utilizados para reforçar esse ponto de vista coerente com os objetivos dos indivíduos que se propõem a unir suas vidas, independentemente da idade, motivados por razões que vão além do patrimônio.

⁶ O Enunciado nº 262 do Conselho da Justiça Federal dispõe: “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

3 O (NÃO) DIREITO DOS IDOSOS NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS

São considerados idosos as pessoas com idade igual ou maior a 60 anos, de acordo com o art. 1º da Lei nº 10.741/ 2003. É uma parcela da população que cresce cada vez mais, o que torna fundamental a análise e a promoção do amparo aos idosos. Conforme os dispositivos constitucionais que tratam do tema, existe uma série de direitos fundamentais que não devem ser cerceados em razão da idade dos indivíduos.

Entretanto, ainda permanecem no ordenamento jurídico brasileiro normas que são consideradas incompatíveis com a Constituição, em relação a questão dos direitos dos idosos há ainda leis específicas que vão de encontro a essas normas, pois disciplinam a proteção das pessoas que estão na chamada terceira idade sem considerar seus diversos aspectos.

Neste capítulo, vamos compreender dados estatísticos e aspectos do casamento entre idosos na história e na legislação brasileira, assim como pontos que vão de encontro a Constituição inclusive contra seus princípios presentes no ordenamento jurídico e na jurisprudência, em especial a questão da imposição do regime de separação de bens para os idosos com mais de setenta anos.

3.1 Breve histórico

O matrimônio entre pessoas idosas nem sempre foi comum, o que pode ser um dos motivos de ainda ser visto com preconceito, mas há bastante tempo existe. Em uma pesquisa sobre as tendências maritais no século XX, Therborn (2006) destaca que a taxa de nupcialidade e a idade ao casar na Europa Ocidental por muito variava de acordo com as condições de vida sendo uma forma de adaptação ao período em que as pessoas vivenciavam, os casamentos aconteciam em menor número e em idade mais avançada após tempos mais difíceis, e em maior número e mais cedo posteriormente a tempos mais brandos.

Segundo Therborn (2006) o casamento latino-americano e caribenho apresentava o registro mais baixo do mundo nos anos em torno de 1900, o que mudou substancialmente no século XX, embora os dados disponíveis não permitam verificar exatamente como se deu essa transformação. No Brasil, as estatísticas demoraram para se desenvolver, contudo é possível identificar motivos para a mudança antes de 1900. O Nordeste escravocrata entrou em declínio e deixou de ser o centro da economia do país para o Sul que se tornava o destino de imigrantes, o que mudou a composição étnica no país e deu início ao processo de industrialização.

Os elances matrimoniais na América Latina também acompanharam as tendências econômicas seguindo o que acontecia na Europa. A taxa cresceu com o início do desenvolvimento da Indústria nos países e diminuiu com as crises econômicas e ditaduras políticas próximas do final do século. Já a média de idade geralmente é sempre mais baixa que o padrão europeu, era de 22 a 23 anos para as mulheres dos países do sul, incluindo o Brasil, e 20 a 21 para o restante da América Latina fora do Caribe, considerando o período final do *boom* dos casamentos. O país cresceu e desenvolveu-se economicamente, fazendo com que o casamento tenha se estabelecido como instituição dominante nas primeiras décadas do século XX, conforme demonstra o estudo comparado de Therborn (2006).

Nos últimos anos o número total de casamentos entre homens e mulheres no Brasil tem diminuído cada vez mais segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em contraponto as estatísticas também demonstram que o número de casamentos entre cônjuge masculino e feminino com pessoas de 65 anos ou mais aumentou durante o mesmo período e têm maior incidência entre os homens mais velhos do que entre as mulheres (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019).

Em 2014, 38.723 homens acima de 60 anos se casaram. Foram 106 casamentos deles por dia. Quando analisamos as mulheres o número total cai para 14.969, 41 por dia. Ainda assim, nos dois casos o número está crescendo. Viúvos, separadas, solteiros ou solteiras mesmo. Em 2019, foram registrados 44.834 de casamentos com homens acima de 60 anos e 18.603 com mulheres na mesma faixa etária. E a tendência é continuar a aumentar.

Diversos fatores contribuem para esse fenômeno, envelhecimento crescente da população, melhora da qualidade de vida, um menor preconceito em relação ao divórcio e aos que resolvem se casar depois, entre outros. Além disso, a população mais velha tem se mostrado cada vez mais sadia e integrada as mudanças e desafios da sociedade contemporânea.

Outro número que também aumentou foi o de registros de casamentos homoafetivos, que disparou em 2018 comparando com o ano anterior. Segundo as Estatísticas de Registro Civil 2018, que o IBGE divulgou, 9.520 casais homoafetivos decidiram se unir formalmente, frente a 5.887 em 2017, o que representa um aumento de 61,7% (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019). Não obstante esse crescimento, o casamento entre homossexuais corresponde a menos de 1% do total de uniões registradas no país. Não há dados mais detalhados sobre a idade e estado civil dessas pessoas, mas dentro desses números devem existir casais com

mais idade que formalizaram sua união, principalmente depois da resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça que finalmente permitiu a união homoafetiva.

Até o ano de 2002, era obrigatório o regime de separação de bens para as mulheres com mais de 50 anos de idade e para homens com mais de 60 anos, conforme previsto no art. 258 do Código Civil de 1916, seguindo a expectativa de vida daquela época e discriminando as mulheres dos homens. Com a vigência do Código Civil atual, este determinou a obrigação do regime de separação para aqueles maiores de 60 anos, sem distinção.

Apenas em 2007, com a promulgação do Projeto de Lei nº 108, de autoria da Deputada Federal Solange Amaral, a idade dos idosos que a imposição do regime de bens abrange passou a ser a partir dos 70 anos, também sem distinção entre homens e mulheres. Modificação baseada na expectativa de vida da população brasileira, segundo a própria autora. Contudo, se levam em conta o aumento da expectativa e a melhora nas condições de vida, por que não propor modificar também a restrição imposta em vez de apenas aumentar a idade dos envolvidos?

Como foi dito anteriormente, o casamento é considerado um dos pontos de partida para a formação da família e o casamento de idosos não era considerado relevante na nossa sociedade, pois apenas era significativo após a passagem de períodos de crise. As chances de um casal formado por pelo menos um idoso ter filhos é menor do que os mais jovens, dessa maneira é mais provável que a família criada seja apenas o casal, o que não deixa de ser uma entidade familiar que deve ser tratada como tal.

O casamento e a família são temas caros ao conservadorismo social, centrais à sua concepção de ordem desejável. Os direitos individuais, principalmente de mulheres e crianças, são vistos negativamente, como um colapso ou, pelo menos, como uma séria ameaça à ordem. No mundo atual do sistema familiar europeu, esse conservadorismo é particularmente forte nos Estados Unidos, apesar de, menos surpreendentemente, enfrentar aí também forte contraponto de individualismo. (THERBORN, 2006, p. 277)

O conservadorismo também permanece presente no Brasil, país em que durante quinze anos conviveu com o novo sistema constitucional a codificação civil de 1916, a qual retratava uma sociedade de outros tempos. Segundo Dias (2004), o perfil patriarcal da estrutura familiar do início do século passado e o conceito sacralizado da família levaram o legislador a dar um tratamento discriminatório à mulher e aos filhos, existindo exemplos que felizmente já foram retirados do ordenamento jurídico.

Neste sentido, as normas apresentadas apontam tratamento discriminatório semelhante aos idosos que permanece presente na legislação mesmo com algumas modificações. O casamento de pessoas com mais idade geralmente envolve parentes que formam ou formavam outra família com esse indivíduo e em nome de uma percepção dos supostos interesses desses parentes se verifica desse dispositivo legislativo arcaico.

3.2 A restrição da capacidade do idoso x O Estatuto do Idoso

A Constituição Federal expressamente atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, ao idoso, participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como garantindo o direito à vida, segundo o art. 230. Não se refere, tal preceito, apenas à assistência material ou econômica, mas também às necessidades afetivas e psíquicas dos mais velhos, de acordo com Dias (2015).

Mesmo assim, estando previstos direitos e garantias ao idoso, contradições e discriminações estão presentes no ordenamento jurídico atual, como já foi mencionado acerca da restrição na escolha do regime de bens no casamento dos maiores de 70 anos, objeto desta pesquisa. Provavelmente, esta medida foi criada pelo legislador com a finalidade de coibir alguém que estivesse se unindo por interesse, com a intenção de angariar uma vantagem econômica ilícita. Não sendo uma justificativa plausível ao restringir a capacidade dessas pessoas, o que é preocupante considerando ser uma prerrogativa que é adquirida a partir da maioridade e apenas afastadas em situações extremas por meio de processo formal rigoroso como é o caso da interdição.

Dessa forma, há uma garantia para os herdeiros da pessoa idosa de que vão receber o patrimônio integralmente no caso desta não deixar testamento, o que não é ruim, porém pode indicar a prática de violência patrimonial, o abuso financeiro e econômico está entre as violações contra idosos mais denunciadas atualmente sendo cometidos correntemente por familiares⁷. Além disso, o que foi deixado de lado é que muitas pessoas não tem um patrimônio suficiente para ser cobiçado e ficam impedidas de dividir o que tem com o seu cônjuge pelo casamento.

Entretanto, alguns doutrinadores concordam com a posição do legislador. Miranda (1995), por exemplo, ao discorrer sobre as espécies de regimes cogentes, ou seja, impositivos, o classifica

⁷ Fátima Henriette de Miranda e Silva, presidente da Comissão de Atendimento à Pessoa Idosa da OABRJ, em entrevista a Valor Investe, conta que é comum os idosos darem a senha das suas contas e cartões para familiares porque não sabem fazer movimentações on-line e se endividarem por isso. Muitas práticas como a antecipação de herança, a movimentação indevida de contas bancárias e a venda de imóveis são realizadas no dia-a-dia baseadas numa relação de aparente confiança.

como “idade alta” e o justifica como forma de evitar explorações nas quais mulheres em idade vulnerável ou homens em fase de crise afetiva são levados ao casamento com o objetivo da comunhão de bens. Ainda dá a entender que esse cerceamento existe pois não há nenhum impedimento para o casamento em idade avançada.

O autor e outros que concordam com tal medida insistem que é uma forma de proteção, quando não há indicação de melhora ou mudança em relação aos casos de violência patrimonial contra idosos a partir da imposição do regime de bens, por exemplo. Pelo contrário, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, informou que dados mais recentes do canal Disque 100⁸ apontam que os casos de violência patrimonial contra a pessoa idosa, em 2019, tiveram um aumento de 19% e que, em 2020, com o isolamento imposto pela pandemia da Covid-19, a situação se tornou mais crítica.

Chegou a tal ponto que o corregedor nacional de Justiça editou um ato de recomendação para os cartórios notariais e de registro propondo a adoção de medidas preventivas para coibir a prática de abusos contra pessoas idosas, especialmente vulneráveis (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2020). Nos termos do artigo 102 da Lei nº 10.741/2003, configura crime apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhe aplicação diversa da de sua finalidade.

Importante ressaltar que a imposição do regime de separação de bens é norma de exceção, dispõe de aplicação limitada, sendo diferente o tratamento quanto à união estável, não há como impor o regime da separação de bens mesmo se ainda não procedida a divisão do patrimônio de anterior união estável. Apesar disso, que não chega a ser um ponto positivo, Dias (2004) discorre sobre outra incongruência do tratamento desigualitário quanto às limitações de livre adoção do regime de bens. Em todas as hipóteses em que há a obrigatoriedade do regime da separação total, a imposição pode ser contornada. Essa possibilidade, porém, só não existe quando a separação de bens decorre da idade dos nubentes.

Como mencionado, a alteração de regime quando a causa que impôs a separação legal de bens for superada é impossível em relação a hipótese da idade mais avançada. Dessa forma, teoricamente apenas através do testamento o nubente nesse caso pode deixar uma parcela dos seus

⁸ O serviço oferecido pelo MMFDH recebeu 21.749 denúncias de violações contra a pessoa idosa em 2019 [...] Entre as principais violações estão negligência (79,26%), violência psicológica (48,40%), abuso financeiro e econômico (39,57%), violência física (23,91%), violência institucional (3,86%), violência sexual (0,45%) e discriminação (0,32%). (MINISTÉRIO DA MULHER, FAMÍLIA E DIREITOS HUMANOS, 2019)

bens para o seu cônjuge, isto significa que este só terá acesso legalmente após a morte daquele que concedeu o seu patrimônio no testamento. Portanto, não é propriamente uma opção e sim, o que dá para ser feito diante da obrigação do regime de separação de bens. Além disso, testamentos são instrumentos que possuem muitas formalidades não sendo comuns no nosso país.

Segundo o IBGE, o número de idosos poderá chegar a 32 milhões em 2025 no Brasil, gerando, assim, uma importante mudança no perfil da população, fato este que reforça a necessidade de ampliar os seus direitos e as formas para melhor protegê-los. Esta proteção, inicialmente encontra-se consagrada na CRFB/88, bem como na Política Nacional do Idoso (Lei n.º 8842/94), na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n.º 8.742/93), nas Leis Orgânicas Municipais e, no Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03), que estabelece prioridade absoluta aos direitos do idoso, dispondo de instrumentos de proteção a estes direitos:

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003)

A responsabilidade para que os direitos dos idosos sejam efetivos é dividida entre o Estado, a família, a comunidade e a sociedade em geral; nenhuma dessas entidades deve cercear tais direitos. Logo em seguida, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), em seu artigo 4º, assegura: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”

Como já vimos, a violência patrimonial é um problema que os idosos enfrentam devido a sua vulnerabilidade e por muitas vezes possuírem bens de grande valor que são resultados de anos de esforço e trabalho, infelizmente praticada por aqueles que são próximos, em grande parte dos casos⁹. Desta forma, quando é a família que pratica esse tipo de ato, a responsabilidade passa a ser sociedade e o Estado tanto para evitar quanto para punir.

Contudo, também é possível que o Estado e a sociedade sejam sujeitos ativos dessa violência. A interferência estatal em qualquer âmbito precisa ser observada pela sociedade para

⁹ “Família é a maior agressora em casos de violência patrimonial contra idosos”, artigo por Júlia Lewgoy pela Valor Investe – São Paulo.

que abusos ou violação de direitos não ocorram e a autonomia privada dos indivíduos seja preservada, assim como atos vistos pela sociedade como normais podem ser perigosos e infringir direitos individuais. Então, é preciso existir um equilíbrio entre essas duas perspectivas que deveria estar presente na legislação, por ser resultado da representação política da sociedade na constituição do Estado, mas, acaba sendo influenciada por interesses daqueles que tem mais poder.

Mesmo assim, esses entes ainda são aqueles que podem assegurar os direitos fundamentais aos idosos, pois se forem desrespeitados também estarão violando direitos inerentes a todos os cidadãos, afinal muitos são ou se tornarão idosos futuramente. Por conseguinte, este é um dever da sociedade do Estado que está estabelecido também no Estatuto do Idoso, de forma mais especificada, conforme o artigo a seguir:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. [...] (BRASIL, 2003)

O direito à liberdade é complexo e possui diversos desdobramentos, são citados aspectos que são essenciais para a uma boa qualidade de vida do idoso e muitas vezes não são mais decididos por eles mesmos, quando deveriam ter sua posição respeitada já que se trata da própria vida deles. Apenas deveriam ser impedidos ou ter outra pessoa decidindo por eles se o idoso estiver se colocando em perigo, sem condições de discernir o que faz.

Desta forma, vimos que o Estatuto do Idoso, que dispõe de cento e deztoitos artigos entre os quais estão os citados, foi criado para pôr em prática as garantias dos direitos assegurados pela

CFRB/88 e pelas políticas públicas de atenção ao idoso. Com o objetivo de defender uma vida digna em condições de liberdade para as os indivíduos maiores de 60 anos, a Lei nº 10.741 não é compatível com a norma civilista que exclui a capacidade de idosos maiores de 70 anos e decide por eles o regime de bens do casamento, o qual decidem por vontade própria realizar.

3.3 A inconstitucionalidade da limitação imposta aos cônjuges maiores de 70 anos

O fato de o idoso ser obrigado a aceitar o regime de bens imposto pela lei em decorrência da idade em que se encontra, faz com que seja relevante uma análise baseada na Constituição Federal, pois é preciso saber até que ponto os princípios constitucionais estão ou não sendo respeitados e os motivos que estão por trás dessa limitação.

A princípio, a igualdade está de maneira mais evidente sendo violada, pois se concede um tratamento diferenciado a um indivíduo apenas em razão da sua idade, mas isso implica em outras violações. A isonomia recebe especial atenção da Carta Magna pois é essencial para o regime democrático, revelando preocupação de banir discriminações de qualquer ordem, sendo um dos principais frutos da identificação dos direitos humanos como valores fundantes presentes na sociedade que geram o aumento do rol de direitos que merecem tutela.

Cada pessoa humana deve ter consciência desses valores como cidadão, tanto para respeitá-los como para exigir que não sejam violados. Conforme preceitua Lôbo (2009, p.302), querer impor e obrigar à pessoa idosa que somente case com determinado regime de bens confronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana “por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz.”

Além desses outros princípios são confrontados pela norma que determina a imposição do regime de bens aos idosos, mesmo antes de ser parcialmente reproduzida pelo Código Civil atual. “A Constituição Federal de 1988 não recepcionou o disposto no art. 258, parágrafo único, inc. II, do CC, que se encontra em descompasso com princípios constitucionais que tutelam a isonomia, a garantia do devido processo legal e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.” (OTERO, 2001, p. 12).

Realmente não há espaço para que o indivíduo que se vê diante da imposição em questão tenha todas as garantias constitucionais características do princípio do devido processo legal. Este reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de maneira que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado, segundo Barroso (2009).

Existe uma presunção de incapacidade sem que haja provas, defesa e muito menos um processo envolvido. Nesse sentido, Santos (2020) que considera a presunção de incapacidade do idoso uma medida discriminatória, ressalta que a jurisprudência também tem se colocado para declarar a inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de sessenta anos, haja vista que tem decidido não aplicar o regime nos casos em que se atinge tal maturidade em união estável:

Inventário Arrolamento Sucessão do companheiro União estável iniciada quando o "de cujus" era maior de 60 anos Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil Precedentes Ausência de herdeiros necessários Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso Companheira que tem direito à integralidade da herança Recurso provido. (TJ-SP - APL: 03992867820098260577 SP 0399286-78.2009.8.26.0577, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/09/2013)

Ou mesmo no caso de doação ao cônjuge no casamento de idoso:

Casamento. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário, doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5, LX e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (TJSP, Apelação cível 007.512-4/2-00, 2ª Câmara de Direito Privado, TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo. Des. Rel. Cezar Peluso, j. 18/08/1998).

Apesar de argumentos como esses que corroboram com a defesa do contrário, alguns doutrinadores, como já foi mencionado, e também juristas, sob a justificativa da pretensão de proteger o idoso, acreditam na constitucionalidade da imposição do Estado para que o regime obrigatório de separação de bens seja o único para pessoas com mais de 70 anos, conforme previsto

no art. 1641, II do Código Civil. Nesse outro julgado, percebe-se que foi negado o recurso no qual a tese defendida era que a doação feita caracterizava “fraude ao regime de separação obrigatória”:

CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO A CONSORTE. NUBENTE SEPTAGENÁRIO. FRAUDE AO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 258, § ÚNICO, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. NÃO VIGE MAIS TAL RESTRIÇÃO POIS INCOMPATÍVEL COM AS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE JURÍDICA E DA INTIMIDADE. RESPEITO AOS ARTIGOS 1º, INCISO III E 5º, INCISOS I, X E LV DA CF/1888. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

1. O referido artigo realça o caráter protetor do legislador, que pretende resguardar o nubente maior de sessenta anos, e com o advento da Lei nº 12.344, de 09/12/2010, tutelou os maiores de setenta anos de idade, de uma união fugaz e exclusivamente interesseira. Vale ressaltar também, que este dispositivo fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. 2. Acerca da restrição apontada pelos apelantes, tem-se assentes que o artigo 258, inciso II do Código Civil de 1916 tem tido sua aplicação mitigada pela doutrina e jurisprudência, a considerarem que foi reproduzido pelo Código Civil de 2002 (artigo 1641, II). 3. A doação realizada a apelada, foi com relação à parte disponível do patrimônio do autor da herança, em observância ao direito à legítima dos autores, os herdeiros necessários, mesmo porque não se pode doar acima do disponível sem que prejudique dos herdeiros necessários, no caso, os ora apelantes. 4. Ademais, tal limitação apontada pelos apelantes não pode superar a vontade do autor da doação, não podendo ser ignorada especialmente pelo fato de que o mesmo gozava plenamente, ao tempo da doação, de suas faculdades mentais, não havendo motivo para desconsiderar um ato da vontade deste de apenas deixar amparada a pessoa que lhe acompanhou nos seus últimos dias de vida. 5. Sentença confirmada 6. Apelação conhecida e improvida. (TJCE; Apelação nº 745-67.2004.8.06.0043/1; 5ª Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota; DJCE 30/09/2011; Pág. 54).

Já para autoras como Dias (2004), a situação de absoluta injustiça que a aplicação desse dispositivo legal ensejava anteriormente levou o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1964, a editar a Súmula nº 377, que simplesmente alterou o regime de bens imposto pela lei. Ao ser

autorizada a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento em determinados casos, acabou a jurisprudência por transmudar o regime da separação total dos bens para o regime da comunhão parcial.

Entretanto, apesar do Código Civil atual ter avanços significativos, deixou de consolidar outros. Mesmo advindo anos depois da Carta Magna, perdeu a oportunidade de concretizar entendimentos importantes. Por exemplo, o legislador não teve o cuidado de incorporar a diretriz sumulada pelo STF, que reconheceu a comunicabilidade dos aquestos. Persistiu a imposição do regime da separação total de bens, sem atentar em que tal intransigência pode ensejar severo desequilíbrio e dar margem a enriquecimento injustificável.

Nesse sentido, as decisões judiciais continuaram a reiterar a possibilidade da comunicação de bens adquiridos durante a constância do casamento, pois a partilha igualitária desses bens é a solução para muitos conflitos que acabam acontecendo mesmo com a separação, como vemos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ALIENAÇÃO DE COISA COMUM. EXISTÊNCIA DE LITÍGIO SOBRE O BEM. AQUISIÇÃO DO BEM, PELO CÔNJUGE, NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 377 DO STF. É possível a formação de aquestos no regime da separação de bens por força de lei. Estes aquestos são patrimônio comum a ser partilhado. Súmula 377 do STF. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70004864476, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 23/02/2006)

Só o fato de determinados bens constarem em nome de um ou de outro cônjuge não significa ausência da participação do outro na sua aquisição. Muitas vezes ainda, talvez por um componente cultural e razões históricas, o patrimônio é gerido e está na administração do homem, nitidamente a regra impõe injustificável prejuízo às mulheres, que, colaboram ativamente na consolidação do patrimônio do casal. Não ser permitida a comunhão de aquestos gera possibilidade de enriquecimento sem causa, com a qual não convive a justiça, conforme Dias (2004).

A ideia de justiça mencionada é aquela que permite pensar na igualdade, na dignidade da pessoa humana, na voz dos cidadãos, entre outros princípios e valores, realmente presentes e respeitados na sociedade. A retirada dessa imposição é um passo na direção que deve ser tomada para concretizar o que está disposto na Constituição atual, Lei Maior que vislumbra um país justo e melhor para todos.

4. A JURISPRUDÊNCIA E A SÚMULA 377 DO STF

O modo como a jurisprudência trata o tema continuará a ser demonstrado, principalmente nos casos em que a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal foi utilizada para fundamentação, possibilitando ao regime de separação de bens se assemelhar com o de comunhão parcial. Assim como os direitos fundamentais envolvidos nas relações de família dentro dos casos que tratam dessa temática, o que é reflexo de uma atuação do legislador que estabeleceu uma regulação frequentemente discutida por não corresponder aos valores da sociedade atual, da mesma forma aos princípios constitucionais.

Considerando os pontos levantados, a divergência entre o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988 reforçada pelo Estatuto do Idoso de 2003 ensejou um entendimento jurisprudencial que mitiga essa obrigatoriedade gerando resultados a partir da judicialização dessa demanda. Entretanto, ainda é necessário a reforma ou extinção do dispositivo para que seja efetiva a escolha do regime de bens para todos, e que apenas em casos específicos na falta de capacidade em que aí sim o Estado deverá intervir para limitar a um regime de bem que julgue se encaixar na situação. Ou seja, apesar de já ser uma exceção, até então continua sendo preciso a sua modificação para que a idade avançada não seja usada como único critério que defina a capacidade de qualquer pessoa.

4.1 Casos concretos e decisões judiciais

Existe uma escola jusfilosófica, denominada realismo jurídico¹⁰, que afirma o direito como fato social, pautada na denúncia da insuficiência da lei e na importância do momento de escolha do juiz, pois este verifica o direito na concretude das relações humanas e o tribunal o declara. De acordo com essa concepção, não justifica idealizar o direito sem atentar ao que realmente acontece. Não cabe aqui aprofundar essa discussão, mas apenas demonstrar o quanto esses aspectos são importantes na aplicação da norma ao caso concreto, tanto que é um dos conceitos considerado direito apenas depois dessa concretização. Por isso, é significativo investigar as situações e as respostas dos casos em que há divergência, como aqueles em que o regime de separação obrigatória para os septuagenários é questionado.

¹⁰ “Se o direito é fato, segue-se que as correntes teóricas do realismo renunciam a qualquer explicação transcendente ou metafísica dele, que não existiria como realidade em si, objeto ideal. Não cabe, portanto, a dualidade entre direito efetivo e direito ideal, esse como arquétipo e aquele como realidade, à semelhança do confronto histórico entre naturalistas e positivistas. O direito é um só: apenas o declarado como tal pelo tribunal, nada mais.” (RIBEIRO; CAVALCANTE, 2004, p.5)

A análise dessa temática na jurisprudência traz exemplos que enfatizam a necessidade de mudança do dispositivo legislativo. Como já foi mencionado, antes mesmo do advento do Código Civil atual, foi formado entendimento sumulado acerca do regime da separação obrigatória em geral. Marinho, Sauer e Mattos (2018) discorrem sobre a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, que afirma que no regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Constatam que essa Súmula teve sua origem no artigo 259 do Código Civil de 1916, no qual constava: “Embora o regime seja o da separação de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Após a publicação da Súmula nº 377 vários julgados passaram a incluí-la, havendo uma ressalva quanto à comprovação do esforço comum, por presunção ou não. Depois da Constituição de 1988 e do advento do Código de Civil de 2002, o entendimento sumulado continuou sendo utilizado, porém nessa pesquisa percebeu-se que se tornou mais comum em processos que foram iniciados anteriormente. Em muitos a interpretação do Superior Tribunal de Justiça é referência, por exemplo:

Ação de divórcio c/c partilha de bens. Casamento realizado em regime de separação legal. Aplicação da Súmula 377 do STF. Partilha dos aquestos. Ausência de prova da separação de fato. Sentença mantida. 1. Pelo regime da separação legal de bens, cada um dos cônjuges é responsável pela administração do seu patrimônio, conservando-se na posse e na propriedade dos bens que trouxe para o casamento, inexistindo, também, a princípio, a comunicabilidade dos aquestos. 2. Entretanto, com o escopo de evitar o enriquecimento sem causa, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal preconiza que, no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. 3. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, o esforço comum é presumido e decorre da existência da comunhão de vidas determinada pelo casamento (art. 1.511 do CC), representada, precipuamente, pela solidariedade que eleva unir o casal, dispensada a prova da contribuição de cada um para a aquisição do patrimônio. 4. Conquanto seja remansoso na jurisprudência e na doutrina o entendimento de que a separação de fato do casal faz cessarem as presunções patrimoniais advindas do regime de bens, tem-se como indispensável a prova efetiva do rompimento conjugal. 5. Recurso não provido. 6. Sentença mantida. (TJMG, AC 1.0040.09.084588-0/00 1, 2.ª C. Cív., rel. Des. Raimundo Messias Júnior, j. 18/02/2014).

Na compreensão mais recente da Súmula pelo STJ, considera-se que há mitigação do sistema legal de regime de bens ao presumir o esforço comum do casal na aquisição do patrimônio, então prefere-se a interpretação de que deve haver prova, como vemos a seguir:

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito da Terceira e da Quarta Turma. De início, cumpre informar que a Súmula 377/STF dispõe que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Esse enunciado pode ser interpretado de duas formas: 1) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum na aquisição do acervo; e 2) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. No entanto, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva). (STJ, 2008, online)

Ao dar prioridade ao sistema, à interpretação que se adequa mais a norma, supõe-se que ela é suficiente, o que se fosse certo não haveria necessidade da Súmula. No caso em questão, o casamento foi contraído sob a hipótese do art. 1641, II do Código Civil atual, ou seja, casamento da pessoa maior de setenta anos. Foi o julgamento de uma ação de inventário sendo alegado que nas situações que envolvam o regime legal de separação de bens, nos termos do artigo 1641 do CC/2002, é aplicável o teor da súmula 377 do STF, garantindo a meação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, justificando, assim, a inclusão da viúva, meeira, no inventário. Depois foram interpostos embargos de declaração pelo recorrente, que foram rejeitados. Por fim, em sede de recurso especial alegou-se violação ao art. 1.641 do CC e dissídio

jurisprudencial, sustentando que não houve demonstração da participação da recorrida na formação do patrimônio, fato que excluiria seu direito à meação.

Em caso similar foi destacado que o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito não contribui para o esclarecimento da matéria, porquanto, se de um lado evita que um dos pares saia em desvantagem nos casos em que ambos contribuíram para amealhar o patrimônio que foi registrado em nome somente de um deles, por outro lado, presumindo-se o esforço comum, um dos ex-cônjuges pode levar vantagem na distribuição de acervo para o qual não contribuiu, destruindo a essência do mesmo princípio. Exatamente acerca desse aspecto, conforme discorre Bonilha Filho (2020), prova ou presunção do esforço comum na aquisição do patrimônio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora já se tenha pacificado acerca do direito à comunhão dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens, decorrente da exegese da Súmula 377 do STF, diverge no tocante à comprovação de esforço para a construção do patrimônio, ou seja, o cônjuge interessado na partilha deve comprovar sua efetiva contribuição, ou a simples comunhão de vida, ainda que de curta duração, implica a presunção do esforço.

Desse modo, coube definir se a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável depende ou não da comprovação do esforço comum, importa frisar se a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, ou se a dita comunicação é a regra, por se presumir o esforço. Foi discutido que a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos.

A noção que o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais conforme o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens continua sendo adotada. Nela caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante, ainda que não financeira, participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união. Disposta a controvérsia nesses moldes, conclui-se que deve prevalecer esse entendimento, consoante aquilo que vem sendo preconizado pelas modernas doutrina e jurisprudência, mesmo sendo um retrocesso.

Por fim, diz-se que segundo o enunciado nº 377, da Súmula do STF, deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, respeitando a evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa. Vemos que, ao contrário da percepção do direito relacionado a realidade do caso por ser considerado fato social, ainda prefere-se dar continuidade ao sistema legal que estabelece as regras dos regimes de bens quando se utiliza de uma súmula originada com base nos princípios, que esse sistema insiste em ferir.

4.2 O afastamento da aplicação da Súmula nº 377

Mesmo com o reconhecimento e aplicação do conteúdo da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal pelos Tribunais, formando um entendimento majoritário e recente, existe a possibilidade do casal submetido à regra do regime de separação de bens, nas condições previstas nos artigos 1641 e 1523¹¹ do Código Civil, afastar a determinação sumulada através de escritura pública de pacto antenupcial, estabelecendo o regime legal da separação sem a incidência dos efeitos do entendimento sumulado.

Segundo Dias (2015) a finalidade da legislação é organizar a sociedade e tende a preservar as estruturas de convívio existentes. Por isso as leis são naturalmente conservadoras. Dificilmente ao legislador é concedido o direito de criar ou inovar, pois, acostumado a estabelecer regras de conduta dotadas de sanção, não consegue se desapegar dessa função na hora de regular relações afetivas. A lei sempre é retardatária e tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos preestabelecidos pela sociedade, na tentativa de colocar moldura nos fatos da vida.

Por isso, a Súmula nº 377 veio como forma de mitigação dessas regras com objetivo de tornar possível a partilha de determinados bens em alguns casos, apesar destes se enquadrarem nas hipóteses de regime obrigatório de separação. O exemplo a seguir demonstra que permitir a comunhão dos bens pode realizar maior justiça social e tratamento igualitário, já que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa dos nubentes:

RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE

¹¹ Situações em que é previsto o regime de separação de bens obrigatório e quando há a celebração do casamento apesar de causas suspensivas, respectivamente.

DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA
LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO
EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL.
NECESSIDADE DE MEAÇÃO.

1. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes.
2. A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace.
3. A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula n.º 377 do STF, pacificou o entendimento de que "apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha" (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).
4. Nos termos da norma, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de "bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior" (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II).
5. Na hipótese, o prêmio da lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade; iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa.
6. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017)

Ao afastar a incidência da Súmula nº 377, os nubentes sinalizam que por escolha permitem que o regime de separação legal estipule a incomunicabilidade absoluta de aquestos. O que, segundo alguns doutrinadores, representa uma valorização da autonomia privada e da liberdade individual. Se realmente há acordo sobre o assunto entre os futuros cônjuges, o pacto antenupcial reflete essa autonomia, mesmo que seja a concordância com uma regra imposta.

A Eg. Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por força do Provimento 8/2016, de iniciativa do Des. Jones Figueiredo Alves e baseada em estudos doutrinários, instituiu a regra prevista no artigo 664-A:

No regime da separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do STF, por meio de pacto antenupcial (PERNAMBUCO, 2016, p. 3).

Portanto, também está presente na regra a informação de que deve ser exposta a forma como funciona o regime de separação de bens obrigatória levando em consideração os limites estabelecidos pela Súmula 377, antes da decisão. Conforme é disposto no parágrafo único do artigo 664-A: “O oficial de registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento” (PERNAMBUCO, 2016, p.3).

Desta forma, esse tipo de alternativa pode ser considerada uma escolha mais radical que a obrigatória por estabelecer que numa eventual dissolução do casamento ou da união estável, não ocorreria a divisão de bens que aconteceu no caso exemplificado na decisão demonstrada anteriormente. Sendo assim, necessária o seu aprofundamento antes de ser tomada pelos nubentes.

4.3 Direitos fundamentais em questão

Os direitos fundamentais, entendidos como direitos humanos positivados nas constituições dos países, ou nos tratados e convenções internacionais que os países se obrigaram a respeitar, tiveram longa história de afirmação, principalmente durante o século XX em que houve conflitos de grandes proporções. Sua finalidade essencial era a garantia de um conjunto básico de direitos dos cidadãos que podiam e podem opô-los ao poder político, que tem a obrigação de não os violar,

consistindo num dever de abstenção. Com o tempo foi necessário uma atuação mais ativa para garantir que esses direitos estivessem presentes na sociedade.

Deste modo, não há dúvida da aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais no Brasil, em virtude, principalmente, da ocorrência de norma expressa na Constituição de 1988, assim disposta (art. 5º, § 1º): “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange principalmente as liberdades públicas em face do Estado, mas também protege relações jurídicas entre particulares.

O direito de família envolve direitos fundamentais a todo instante, por isso está presente no texto constitucional integrando princípios relevantes que se comunicam com outros basilares dentro da sociedade. Justamente por serem a base do ordenamento jurídico e estarem inseridos na legislação que ocupa o ponto mais alto das normas, devem ter seus efeitos priorizados:

Não faz sentido, na contemporaneidade, a discussão sobre se as normas constitucionais, principalmente de conteúdo indeterminado, como os princípios, dependem da interposição do legislador infraconstitucional para que possam produzir seus efeitos jurídicos. A fase das normas constitucionais meramente programáticas ficou para trás. (LÔBO, 2011, p. 284)

Contudo, esses direitos e princípios também colidem, pois, diferentes indivíduos que são titulares, além dos grupos que se envolvem com outro tipo de relação, como vemos:

A Constituição, no que respeita às relações estritamente familiares, também imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. Para o direito atual, o Estado é pessoa jurídica, a sociedade é coletividade indeterminada e a família é entidade não personificada. Os três são grupos sociais integrados por pessoas. O integrante da família, em virtude dessa específica circunstância, é titular de direitos fundamentais oponíveis a qualquerum desses grupos, inclusive à própria família, que surgem com devedores. Não são pessoas determinadas que são devedoras, mas o Estado, a sociedade e a família, enquanto tais. Os grupos não são titulares de direitos fundamentais, mas apenas de deveres fundamentais. Cogita-se de dimensão objetiva dos direitos fundamentais em virtude da responsabilidade comunitária dos indivíduos. (LÔBO, 2011, p. 293)

Para Lôbo (2011) a colisão de direitos fundamentais nas relações familiares pode ser evitada quando o legislador antecipa ao conflito e estabelece modelos de regulação que

correspondam aos valores da sociedade, o que simplifica a delicada operação hermenêutica da ponderação. A atuação preventiva do legislador configura-se na definição mais clara dos elementos de exercício dos direitos fundamentais. Quando se têm uma Constituição permeada por esses direitos, além de tratados e convenções internacionais ratificados no nosso país, a tarefa de identifica-los é necessária.

Ainda na visão do autor, não compete ao legislador infraconstitucional criar novos direitos fundamentais, mas torná-los exequíveis, estabelecendo os deveres fundamentais correspondentes. Essa atuação não evita a eventual colisão, porque os direitos fundamentais constitucionalmente implícitos ou explícitos são estabelecidos em cada momento histórico e de acordo com os valores sociais. Lôbo (2011) ressalta que, porém, a lei contribui para maior determinação do conteúdo do direito fundamental, reduzindo o potencial de conflito, que sua amplitude de interpretação provoca.

Outro aspecto relacionado é o equilíbrio entre a autonomia para os membros das entidades familiares e a interferência heterônoma do Estado no que for necessário, este deve ser pautado pelos direitos fundamentais como parâmetro para definir os espaços de cada um. Contudo, a realidade demonstra que constantemente esse equilíbrio não está presente, uma vez que há diversos exemplos em que um lado pesa mais que o outro. Sendo assim:

[...] não é necessário remontar à legislação pretérita para evidenciar que nem sempre o legislador está atento à dignidade da pessoa humana. De forma desarrazoada, presume a lei que, a partir dos 70 anos, ninguém mais tem plena capacidade, pois, se resolver casar, não pode escolher o regime de bens (CC 1.641, II). É impingido o regime da separação, negando-se consequências patrimoniais ao casamento. Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro. Não se pode olvidar que a convivência faz presumir a mútua colaboração, e vetar a divisão dos aquestos prejudica um do par. (DIAS, 2015, p.54)

Na mesma linha de raciocínio, é percebida a inconstitucionalidade tanto pelo conflito com os direitos fundamentais quanto pelo desrespeito à aplicabilidade e consequente efetivação dessas normas. Mesmo após atualizações legislativas, as condições continuaram semelhantes, como se pode observar:

A Lei nº 12.344, de 2010, elevou para setenta anos a idade máxima do nubente para escolher livremente o regime de bens matrimoniais. A partir dessa idade a lei

impõe o regime de separação de bens. A elevação da idade, todavia, não afastou a inconstitucionalidade da norma do Código Civil reformada pela lei, porque persiste o defeito de origem de redução do direito do idoso, que colide com a dignidade da pessoa humana e com a liberdade de escolha de pessoa capaz. A lei mitigou a violação a esses princípios constitucionais, mas a manteve, obstando o exercício dos direitos fundamentais consequentes. (LÔBO, p. 295-296, 2011)

A modificação somente pode ser efetiva se não for feita de forma a ressignificar uma imposição que apenas tem respaldo étário. Ao manter uma desigualdade, mesmo na forma de exceção, a interferência estatal se torna invasiva, ainda que revestida de proteção ao vulnerável acaba por o tratar como frágil e negar direitos que o protegem mais do que uma intervenção desse tipo.

A dignidade da pessoa humana é o principal direito citado como infligido, pois é a base para os demais. Especificamente, a dignidade da pessoa idosa, pois a proteção se torna uma imposição que considera mais a preservação do patrimônio do que a vontade do idoso. Nesse sentido, não há justificativa para que esta regra seja estabelecida a não ser a própria vontade do idoso. O que Nelson Rosenvald explica ao defender um tratamento diverso, mas que respeite o livre desenvolvimento da personalidade do idoso:

Ao erguer uma “presunção absoluta de imbecilidade” para o ser humano septuagenário, esta norma ofende não apenas a sua autonomia existencial, mas a própria essência da proteção do idoso, e não passa pelo crivo da constitucionalidade material. Quer dizer, a velhice não é causa de incapacidade natural, legal ou de interdição de direitos, exceto se associada a qualquer patologia que suprima a inteligência do ser humano, como a moléstia degenerativa do mal de Alzheimer. [...] A vulnerabilidade do idoso justifica tratamento qualitativamente diverso pelo ordenamento jurídico, mas naquilo que assegure o livre desenvolvimento da personalidade. Daí o princípio da prioridade do idoso, restabelecendo a igualdade substancial em favor de sujeito portador de necessidades especiais. Enfim, quem é vulnerável a pessoa ou o patrimônio? (ROSENVALD, 2011, p. 231)

Na falta da possibilidade de exprimir a vontade da pessoa, não há o que se falar sobre casamento. Nesse e em outros casos a proteção é realmente necessária, mesmo assim sem deixar de lado alguns dos fatores que tornam o tratamento aos idosos coerente com as disposições constitucionais e os direitos fundamentais.

Portanto, a atuação preventiva do Estado baseada no alinhamento com entidades que são ligadas aos idosos, para que haja um trabalho mais efetivo do legislador e o aprimoramento da legislação específica já existente, assim como a orientação da população idosa sobre como lidar com essas situações seriam formas mais eficazes de solucionar a violência patrimonial e estabelecer algum tipo de proteção. Deste modo, pode-se encontrar outras medidas mais plausíveis do que designar um limite de idade para que a escolha do regime de bens seja realizada.

Diante das considerações apresentadas, depreende-se a importância dos fundamentos do ordenamento jurídico, pois não existe possibilidade de aplicação de restrição sem o reconhecimento da pluralidade de famílias que também abrangem os indivíduos maiores de setenta anos e, sobretudo, dos direitos e princípios basilares que regem a legislação constitucional, civil e das famílias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da atuação estatal quanto à determinação do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos, abordando o histórico e os conceitos concernentes ao casamento e ao regime de bens, assim como a legislação que disciplina aspectos pertinentes a essa temática, sob a luz dos direitos fundamentais. A pesquisa pautou-se também sobre como a restrição aplica-se em alguns casos concretos, demonstrando as tendências jurisprudenciais no ordenamento jurídico brasileiro.

A forma de interferência estatal que impõe o regime obrigatório de separação de bens aos septuagenários emerge como reflexo das desigualdades e da visão ainda patrimonialista do Direito de Família, dando espaço para o cerceamento da liberdade de indivíduos, principalmente dos idosos que pretendem se casar e constituir novas relações familiares. Só é possível conceber uma regulamentação jurídico-estatal dos regimes de bens mais avançada a partir do constitucionalismo.

A pesquisa e análise de como o Estado deve atuar em relação aos núcleos familiares consistiu em verificar o modo como essa atuação foi feita no decorrer do tempo até recentemente e quais são os aspectos que podem ser melhorados. Ao alertar para que não haja a exclusão de determinados tipos de relações familiares com base na compreensão dos principais conceitos envolvidos e no fundamento de princípios como o da dignidade humana, foi possível indicar soluções e apresentar limitações ao tema.

Partindo da problemática proposta da pesquisa, segunda a qual questiona se a atuação do Estado é prejudicial e respeita os direitos dos idosos assim como os princípios constitucionais, foi possível constatar que há o afastamento da Constituição e da legislação atual que concorda com ela ao restringir a escolha do regime de bens apenas em decorrência da idade, há uma discriminação que reflete negativamente na vida familiar das pessoas afetadas que não são representadas de forma eficaz no Código Civil em relação a essa questão.

Os objetivos específicos foram desempenhados com a confirmação da influência de uma visão delimitada sobre a família na atuação do Estado, tendo em vista que foram explorados fatos e ideias em casos que exemplificam a mitigação dos limites impostos pelo Estado na formação e manutenção de famílias.

Pode-se dizer que a relevância do tema está na sua abrangência social, na possibilidade de transpassar as barreiras que o preconceito e a desigualdade criam em relação aos idosos, ao mesmo tempo que denuncia problemas no sistema de regime de bens atual e o quanto isso afeta essa parcela da população.

O meio acadêmico e a doutrina abordam de maneira contínua e crítica os dispositivos legais sobre o regime de separação de bens obrigatória, pois é possível enxergar contradições ao compará-los com normas constitucionais além de haver divergências nas decisões judiciais que tratam do tema.

Quando se está na graduação de Direito, aprendemos que há diversas interpretações sobre o que é o Direito, cada uma delas demonstra uma visão sobre o mesmo. Ao considerar o Direito parte de um projeto que pode tomar diferentes rumos, escolhendo o seu uso estratégico para posicionar-se ao lado de sujeitos considerados vulneráveis pode-se contribuir para que o caminho trilhado seja cada vez mais inclusivo e igualitário.

Assim sendo, nos tempos contemporâneos, a elaboração jurídica muitas vezes segue os moldes do século passado, até mesmo os Códigos modernos não tiveram a coragem de romper as barreiras dos preconceitos em alguns aspectos, principalmente nas relações que perpetuam as desigualdades entre os gêneros, sexualidade e outras parcelas da população que são discriminadas. Não são raros os exemplos de leis que não contemplam determinadas pessoas a direitos básicos em muitas situações.

A imposição do regime de separação de bens reflete esse aspecto, havendo a continuação da mesma visão patrimonialista em um dispositivo da legislação civil modificado apenas em detalhes no decorrer do tempo. Muitas vezes a lei não consegue se adequar a fatos da vida pois não se baseia realmente neles, em vez disso supõe “fatos” que discriminam baseados em valores retrógrados.

A demonstração das consequências do problema foi viável através da investigação de dados estatísticos, pesquisa bibliográfica, documental e com a análise de decisões judiciais, entendimentos sumulados, entre outros.

Há divergências entre uma possível solução do problema que consiste na aplicação ou não da Súmula 377 do STF, tornando-se uma questão de escolha entre a incomunicabilidade absoluta ou com limites dos bens no regime de separação obrigatória.

Seria significativo ouvir a opinião dos próprios idosos sobre o casamento na idade deles e as regras de regime de bens as quais estão submetidos, assim como incluir dados sobre casais de idosos homoafetivos. Além disso, a percepção de jovens e adultos contribuiria na análise já que a lei trata de parentes e deles quando chegarem na idade em questão.

Afinal, com a possibilidade de longevidade cada vez maior, as pessoas se preocupam mais com a saúde física e mental, além de terem a seu dispor avanços na tecnologia que as ajuda a ter

uma qualidade de vida melhor. Portanto, as regras que discriminam idosos sob o pretexto de proteção e segurança devem levar em consideração a situação atual destes e dos futuros idosos.

REFERÊNCIAS

Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª CDPriv., Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Juiz Cezar Peluso, julgado em 18.08.1998. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM, n. 1, p.98-103, abr./jun. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONILHA FILHO, Márcio Martins. **O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens**. 2020. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1424/O+afastamento+da+aplica%C3%A7%C3%A3o+da+s%C3%BAmula+377,+do+STF+para+os+casamentos+a+serem+realizados+com+a+imposi%C3%A7%C3%A3o+do+regime+de+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+de+bens>. Acesso em: 12 set. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **Covid-19: corregedor nacional edita ato para proteger idosos**. 22 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/covid-19-corregedor-nacional-edita-ato-para-protger-idosos/>

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Casamentos homoafetivos crescem 61,7% em ano de queda total das uniões**. 04 dez. 2019. Alerrandre Barros, Estatísticas Sociais. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26192-casamentos-homoafetivos-crescem-61-7-em-ano-de-queda-no-total-de-unioes>.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Registro Civil – Casamentos entre cônjuges masculino e feminino, segundo a nacionalidade, o estado civil, a idade, o mês do registro, o mês de ocorrência e o lugar de nascimento do homem e da mulher**. 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/casamentos-entre-conjuges-masculino-e-feminino>. Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Jur, p. 186-323.

_____. Lei nº 10741, de 1 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso e Normas Correlatas**. Brasília, DF: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Disque 100 registra aumento de 19,12% de número de denúncias**. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/novembro/disque-100-registra-aumento-de-19-12-no-numero-de-denuncias>. Acesso em: 2 jul. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 0068834-4. Relator: Ministro Barros Monteiro. **Diário de Justiça**. Brasília, 29 nov. 1999. p. 357.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1623858. Relator: Ministra Nancy Adrigli. **Dje**. Brasília, 02 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 646259. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. **Dje**. Brasília, 24 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377. **Dj**. Brasília, 08 maio 1964.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação nº 745-67.2004.8.06.0043/1. Relator: Desembargador Francisco Suenon Bastos. **Diário de Justiça do Ceará**. Fortaleza, 30 set. 2011

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 03992867820098260577. Relator: Fábio Quadros. **4ª Câmara de Direito Privado**. São Paulo, 26 set. 2013.

DIAS, Maria Berenice. Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (atual). **Questões controvertidas no código civil**. Série Grandes Temas do Direito Privado. v. 2. São Paulo: Método, 2004.

_____. **Manual de direito das famílias I**. 10ª ed. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Eduardo Oliveira. Direito Civil aplicado – Direito de Família. Vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEWGOY, Júlia. **Família é a maior agressora em casos de violência patrimonial contra idosos**. 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/organize-as-contas/noticia/2021/05/10/familia-e-a-maior-agressora-em-casos-de-violencia-patrimonial-contra-idosos.ghhtml>. Acesso em: 2 jul. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **A Repersonalização das Relações de Família**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>. Acesso em: 2 jul. 2021

_____. Colisão de Direitos Fundamentais nas Relações de Família. **VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família**: Família: entre o público e o privado, -, v. 8, n. 1, p. 283-296, nov. 2011. Anual. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/282.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MARINHO, Eduardo Silva; SAUER, Euller Paulo Alves; MATTOS, Maria Vitoria. A escolha do regime de bens para maiores de 70 anos e sua inconstitucionalidade. **Anais do IX Seminário Regional de Extensão Universitária da Região Centro Oeste**, Rio Verde, v. -, n. 9, p. 1-1530, 2018. Anual. Disponível em: <http://www.unirv.edu.br/paginas.php?id=397>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

OTERO, Marcelo Truzzi. **A separação legal de bens para os sexagenários ou quinquagenários** - Uma afronta à dignidade da pessoa humana. In *Jornal Síntese*. Porto Alegre: Síntese, v. 51, maio 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHEIRO, Luis Alberto Marques. **A imposição do regime de separação de bens no casamento dos maiores de 70 anos** *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 jun 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54880/a-imposio-do-regime-de-separao-de-bens-no-casamento-dos-maiores-de-70-anos>. Acesso em: 11 jun 2021.

RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. *Revista da ESMESE*, n. 07, p. 301, 2004.

ROSENVALD, Nelson. A Necessária Revisão da Teoria das Incapacidades. **VIII Congresso Brasileiro de Direito de Família**: Família: entre o público e o privado, -, v. 8, n. 1, p. 225-235, nov. 2011. Anual. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/279.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SANTOS, Mireli Moreira dos. **Da Inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens imposto às pessoas maiores de 70 anos**. 2020. 21 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Cesumar, Maringá, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 5 v.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Resenha à obra Liberdade e Família – Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**, de Renata Vilela Multedo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/resenha-a-obra-liberdade-e-familia/>. Data de acesso: 25/02/2021.

THERBON, Göran. **Sexo e Poder: a família no mundo, 1900-2000**. Tradução Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.