



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Graduação em Direito

**INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE 70 ANOS**

Caio Caldeira Colombano

Brasília
2023

Caio Caldeira Colombano

**INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO
OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pelo Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadores:

Prof. Me. Leandro Porto Batista

Prof. Dr. João Costa-Neto

Brasília

2023

Banca Examinadora

Prof. Me. Leandro Porto Batista

Orientador

Prof. Dr. João Costa-Neto

Orientador

Prof. Dra. Fernanda Lage

Examinadora

Prof. Me. Henrique Porto de Castro

Examinador

Prof. Me. Elias Cândido da Nóbrega Neto

Suplente

Aprovado em: 06/12/2023

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos mais sinceros e profundos dirigem-se, primeiramente, aos meus pais, Leandro e Mônica, sem os quais jamais teria alcançado nenhum dos objetivos que busquei durante toda minha vida. Deles, recebi importantes ensinamentos que moldaram meu caráter e formaram o ser humano que sou hoje. Como profissionais do Direito, representam meus maiores exemplos de responsabilidade e de dedicação. A eles, espero sempre dar orgulho como filho.

Ao Gabriel, por ser mais que meu irmão, mas também meu amigo e companheiro.

A toda minha família e, em especial, à minha vó Elza, que, apesar da distância que nos separa, nunca deixou de se preocupar e de torcer pelo meu sucesso. Em seus conselhos e lições, a tenho como minha segunda mãe.

Ao Rafael Naves, pela companhia que se iniciou nos tempos de escola, seguiu durante os anos de graduação que compartilhamos e permanecerá viva independentemente dos rumos da vida que porventura nos afastem.

Aos meus colegas João Pedro e Gabriel Lourenço, que ao vivenciarem comigo desde os momentos de maior adversidade até as mais simples e genuínas alegrias, nunca deixaram de me prestar seu apoio e motivação.

Ao Lucas Cordeiro, veterano da Faculdade de Direito que me acolheu no início do curso e a quem devo grande parte do meu êxito acadêmico. Agradeço pelos incontáveis auxílios que me prestou. Jamais esquecerei.

A todos os meus colegas que me acompanharam por todos os anos, compartilhando as mais diversas experiências, que contribuíram para solidificar nossa amizade.

Ao professor Leandro, por não apenas ter aceitado o convite de orientação proposto, como também pelas aulas ministradas, que contribuíram para meu aprendizado como docente do programa de graduação.

Ao professor João Costa-Neto, pela disposição em abraçar o pedido de coorientação, fornecendo, a todo momento, seu tempo para elucidar os questionamentos que acompanharam o desenvolvimento do presente trabalho.

Muito obrigado!

“O direito não deve ignorar a realidade.
Quando o direito ignora a realidade
Esta se vingará e ignorará aquele.”

Georges Ripert

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo a análise do art. 1.641, inciso II do Código Civil em relação ao conjunto normativo que regula a situação legal do idoso no Brasil, visando a identificar seu caráter nessa perspectiva e sua conseqüente conformidade com princípios fundamentais da Constituição da República. Para tanto, especificamente, promove-se o exame da capacidade civil como instituto e a respectiva evolução, observada com a transição entre codificações civis. Na sequência, são analisadas propostas de revogação da referida norma, formuladas ao longo dos anos, bem como de diferentes julgados jurisprudenciais, em especial, com enfoque direto do tema no julgamento do tema 1236 pelo Supremo Tribunal Federal. Elencam-se os princípios e garantias constitucionais violados com a incidência do citado dispositivo, comprovando-se a necessidade de cessar sua vigência por meio da declaração de sua inconstitucionalidade. Considera-se, por fim, ante o estudo de manifestações doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas reunidas, que a limitação da capacidade civil plena da pessoa idosa, com base em um critério exclusivamente etário, viola o fundamento maior da Constituição Federal de 1988, haja vista as ofensas perpetuadas ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Tais ofensas decorrem da positivação de uma postura discriminatória que trata o envelhecimento como fenômeno incapacitante, cujos efeitos se estendem a várias outras conotações, inclusive podendo atingir eventuais pessoas com as quais o idoso busque se relacionar.

Palavras-chave: Maior de 70 anos. Regime de separação obrigatória de bens. Imposição, art. 1.641, inc. II do Código Civil. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The proposal of this work is aimed at attesting the unconstitutionality of imposing the mandatory separation property regime on marriages contracted by individuals aged 70 (seventy) years or older, as regulated by Article 1,641, Section II of the Civil Code. In order to achieve this purpose, an examination of the legal capacity is initially conducted as a legal institution established by the Brazilian legal system, the treatment afforded to the elderly, as well as the historical evolution of the norm conducted with the transition between civil codifications. Subsequently, an analysis of proposals to repeal the normative provision made over the years is carried out in line with the study of different judgments from the Judiciary, especially the direct consideration of the issue through the rulling of Theme 1236 by the Federal Supreme Court. Finally, the constitutional principles and guarantees violated by the application of the normative provision are listed, thus proving the need to declare its unconstitutionality. As a result of the study of doctrinal, jurisprudential, and legislative expressions gathered, it is noted that limiting the full legal capacity of the elderly based solely on an age criteria violates the 1988 Federal Constitution, due to offenses committed against the principle of human dignity, the fundamental rights to equality and freedom, which stem from the enactment of a discriminatory stance that treats aging as a disabling phenomenon.

Keywords: 70 years old. Article 1.641, section II of the Civil Code. Unconstitutionality. Mandatory separation property regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 CAPACIDADE CIVIL.....	10
1.1 Capacidade civil da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro.....	13
1.2. Convenção interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos.....	17
1.3. Regime de separação obrigatória de bens: conceito e evolução histórica.....	21
1.3.1 O Código Civil de 1916.....	23
1.3.2 O Código Civil de 2002.....	26
1.3.3 Aumento da idade mínima para imposição do regime de separação obrigatória de bens (Lei nº 12.344/2010)	29
1.3.4 Aplicação intertemporal do art. 1.641, inc. II do Código Civil de 2002.....	30
2 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: PROPOSTAS DE REVOGAÇÃO E MITIGAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO.....	33
2.1 Enunciado 125 da Primeira Jornada de Direito Civil do CJF/STJ.....	33
2.2 Projetos de lei que visam à revogação do artigo 1.641, inciso II do Código Civil.....	36
2.3 Súmula nº 377 do STF: esforço comum para garantia do direito à meação.....	39
2.4 União estável precedente ao casamento e não incidência do regime de separação legal de bens.....	43
2.5 Tema 1236: questionamento da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.....	46
3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	52
3.1 Dignidade da pessoa humana.....	52
3.2 Dignidade da pessoa idosa, direito à liberdade e vedação à discriminação.....	56
3.3 Autonomia privada e variedade dos regimes de bens.....	59
3.4 Da presunção do casamento com interesse patrimonial ao desestímulo à formação de relações familiares por indivíduos com mais de 70 anos.....	64
4 AUMENTO DA IDADE PARA IMPOSIÇÃO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS SOB A ÓTICA DA RACIONALIDADE JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA: O PL 108 DE 2010.....	68
4.1 Racionalidade Linguística (R1)	70
4.2. Racionalidade Jurídico-Formal (R2)	71

4.3. Racionalidade Pragmática (R3)	72
4.4. Racionalidade Teleológica (R4)	74
4.5. Racionalidade ética (R5)	75
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto a norma obrigatória do regime de separação de bens para casamentos contraídos por maiores de 70 anos, norma essa prevista no art. 1.641, inciso II, do Código Civil. O estudo passa pela compreensão das razões que determinaram sua adoção, pelos impactos decorrentes de sua efetiva aplicação e por sua conformidade ou não à Constituição Federal. De um lado, há a realidade, na qual se encontram as inerentes vicissitudes do envelhecimento e a necessidade de proteção e, de outro, há os direitos fundamentais, como dignidade da pessoa e liberdade, que a Carta se propõe a proteger frente à atuação do Estado.

É fato que, do ponto de vista da constitucionalidade, a toda evidência, essa norma limita ou restringe a autonomia da pessoa idosa, na medida em que retira sua liberdade de escolha, ao determinar o regime de bens que regerá seu matrimônio. Ainda que a doutrina pátria apresente vasto repertório de críticas à manutenção daquele dispositivo legal no ordenamento jurídico, conforme será evidenciado, a jurisprudência ainda não enfrentou definitivamente e diretamente a questão, não obstante o assunto já ter sido levado ao Supremo Tribunal Federal por meio de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, matéria de julgamento do tema 1236.

O objetivo desta pesquisa é analisar o art. 1.641, inciso II do Código Civil em relação ao conjunto normativo que regula a situação legal do idoso no Brasil, visando a identificar seu caráter nesse sentido e a conseqüente conformidade aos princípios fundamentais da Constituição da República.

Para tanto, no primeiro capítulo, examina-se o conceito de capacidade da pessoa natural no âmbito do Direito Civil, suas implicações para o exercício dos atos da vida privada, sua evolução e hipóteses legais de incidência. Avalia-se também o tratamento normativo especial conferido à pessoa idosa no plano jurídico, positivado na legislação infraconstitucional em consonância com as diretrizes e princípios constitucionais, além de um breve exame do tema no direito comparado, exemplificado na atuação da comunidade interamericana.

No segundo capítulo, avalia-se a imposição do regime de separação legal de bens como norma cogente aplicável aos septuagenários na perspectiva pragmática, isto é, discorre-se sobre a forma como diferentes atores que operam no campo jurídico e legislativo identificam na norma conteúdo discriminatório e de violação aos direitos do idoso. São transcritos julgados que trataram desse regime, mitigando a aplicação da norma em casos concretos.

No terceiro capítulo, analisa-se a relação entre o disposto no art. 1.641, inciso II do Código Civil e os princípios e direitos constitucionais vigentes, buscando demonstrar quais

dispositivos constitucionais a citada norma diretamente afronta e viola. Para tanto, recorre-se a doutrinadores, como Flávio Tartuce, Caio Mário e Rolf Madaleno, mas também a autores que defendem a respectiva constitucionalidade.

No quarto capítulo, em um desdobramento dos apontamentos destacados nos capítulos anteriores, verifica-se a qualidade do raciocínio legislativo adotado na aprovação do Projeto de Lei n° de 2010, que resultou na redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, sob a ótica de Manuel Atienza, na obra “Argumentação Legislativa”. Além da enunciação do vício material de inconstitucionalidade, este estudo inova ao identificar, em complemento, falhas que permitiram a preservação da norma no ordenamento jurídico brasileiro até os dias atuais.

Espera-se que esta pesquisa possa contribuir de algum modo para as reflexões sobre a problemática na qual se encontra o tema, reforçando o compromisso constitucional com a salvaguarda dos direitos da pessoa idosa como indivíduo absolutamente capaz e apto ao exercício dos atos da vida civil.

1 CAPACIDADE CIVIL

O pleno exercício dos direitos civis pressupõe a capacidade do indivíduo de compreender a realidade e de formar juízo de valor, autodeterminando-se de acordo com sua livre vontade e dentro dos limites legais estabelecidos. Assim, diferentemente da capacidade de direito, atribuída a todos os indivíduos por força do artigo 1º do Código Civil, a capacidade de fato pode sofrer limitações impostas pelo legislador¹, o que deve ser visto e tratado como exceção no ordenamento jurídico (TAVARES, 2012, p. 81).

Desse modo, entende-se que a incapacidade está atrelada a formas supostas de proteção promovida pelo ordenamento jurídico àquele indivíduo considerado incapaz, tendo em vista uma série de benefícios jurídicos estabelecidos no Código Civil, a exemplo da não ocorrência da prescrição (art. 198, I) e da decadência (art. 208), a responsabilidade civil dos curadores por danos causados pelos curatelados (art. 932, inc. II) e outros.

Entretanto, a falta de capacidade de fato não deixa de representar uma limitação à liberdade, uma vez que afasta a autonomia decisória preservada aos indivíduos capazes. Assim, os absolutamente incapazes contam com a impossibilidade de administração da sociedade pelo sócio incapaz (art. 974, inc. I) e com a obrigatoriedade de representação de seu curador ou tutor para que os negócios jurídicos por eles praticados tenham validade, sendo nulos os atos quando de sua ausência (art. 166, inc. I).

No que diz respeito aos relativamente incapazes, segue-se o mesmo raciocínio: o Código Civil (CC) impõe a necessidade de assistência a eles para a prática dos atos civis, de modo que a não assistência é causa de anulabilidade, a ser alegada por terceiro interessado (TAVARES, 2012, p. 83). Anulabilidade porque, caso não haja impugnação no respectivo prazo decadencial, o tempo convalidará a falta de assistência. Nesse sentido, ainda que de maneira parcial, a incapacidade relativa também implica restrição da autonomia do indivíduo, por razões similares às presentes na incapacidade absoluta.

A redação originária dos artigos 3º e 4º do CC/2002 listava como absoluta e relativamente incapazes os seguintes indivíduos:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I — os menores de dezesseis anos;

¹ “Quando o Código enuncia, no seu art. 1º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, não dá a entender que possua concomitantemente o gozo e o exercício desses direitos, pois nas disposições subsequentes faz referência àqueles que tendo o gozo dos direitos civis não podem exercê-los, por si, ante o fato de, em razão de menoridade ou de insuficiência somática, não terem a capacidade de fato ou de exercício” (TAVARES, 2021, p. 81).

- II — os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 III — os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
 Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
 I — os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 II — os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
 III — os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
 IV — os pródigos.
 Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Perceba-se que o CC não se referiu ao critério da idade avançada como fator de incapacidade, mesmo que parcial, diferentemente do que acontece com os menores de 18 anos. Todavia, os incisos II e III passaram a ser comumente utilizados de modo indiscriminado, inclusive contra pessoas com idade avançada. Foi justamente para coibir essa prática que no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), os incisos II e III do art. 3º do CC de 2002 foram revogados. Desse modo aqueles que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” deixaram de ser considerados absolutamente incapazes.

É que a presunção de incapacidade em razão de deficiência constitui, nesse Estatuto, uma forma de discriminação promovida pelo próprio Estado, uma vez que impossibilita o exercício dos direitos em plena igualdade em relação a pessoas não deficientes. Ainda que sustentada a vulnerabilidade da pessoa com deficiência como justificativa principal para o reconhecimento de sua incapacidade, a permanência de tal limitação impede sua plena inclusão na sociedade (TARTUCE, 2021, p.142)².

De fato, esse é o entendimento do voto da então Deputada Federal relatora do Projeto de Lei (PL) nº 7.699 de 2006 Mara Gabrilli, contido no parecer do plenário da Câmara dos Deputados, decorrente da respectiva apreciação, o que inclusive culminou na promulgação do estatuto da pessoa com deficiência:

Ao longo de toda a história, diversos foram os conceitos e interpretações atribuídos às pessoas com deficiência. **Ora eram tidas como indivíduos totalmente incapazes, o que produzia a sua exclusão social, ora eram vistas como doentes e suscetíveis somente de tratamentos médicos. Chegamos, hoje, a uma concepção de pessoas com deficiência como titulares de direitos e liberdades, com capacidade para exercê-los, condição que as legitima a demandar sua efetiva inclusão social.** (...) O texto que apresento ao Plenário reafirma direitos, regulamenta dispositivos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, acolhe novas demandas, enfim, pavimenta o caminho para que possamos **assegurar nossa autonomia e independência, alcançar emancipação e empoderamento, enfim, participar ativamente da sociedade** (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015, p.3,4). (grifo nosso)

² “Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis, o que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade vulnerabilidade.” (TARTUCE, 2021, p. 142).

Desse modo, buscou-se afastar a intervenção estatal indevida refletida na restrição da autonomia da Pessoa com Deficiência (PcD) para a prática dos atos da vida privada, realidade consubstanciada em antigas concepções discriminatórias preservadas pelo Poder Público, ainda que de forma não expressa.

Destarte, tendo a inclusão por núcleo central estruturante, a Lei nº 13.146 discrimina, embora de forma não taxativa, alguns dos atos para os quais a pessoa com deficiência retém plena capacidade de exercício:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Assim, constata-se que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao seu reconhecimento como indivíduo titular de plena capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas, superando a antiga concepção capacitista que presumia sua falta de discernimento necessário para a tomada de decisões.

Em contrapartida, em que pesem as mudanças realizadas pela novel legislação, não há óbice à constituição da curatela em favor da pessoa com deficiência, medida que apenas poderá ser determinada após ajuizamento de ação judicial específica e não poderá possuir natureza permanente, isto é, perdura até a manutenção da necessidade que fundamentou sua instituição³.

Portanto, a análise da evolução do tratamento conferido pelo legislador à pessoa com deficiência revela a tendência normativa de reduzir as hipóteses legais de incapacidade civil ao longo dos anos, com o fim de afastar a imposição de restrições genéricas e desproporcionais ao exercício dos direitos civis.

Conforme mencionado, a capacidade de fato constitui importante instituto jurídico sem o qual o exercício dos direitos civis resta severamente comprometido. A proteção do incapaz aparece como principal fundamento da limitação da independência decisória, principal efeito decorrente da incapacidade civil. Porém, muitos são os efeitos negativos sobre a

³ “A curatela, ao contrário da interdição total anterior, deve ser, de acordo com o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso “e durará o menor tempo possível”. Tem natureza, portanto, de medida protetiva temporária para determinados fins e não de interdição de exercício de direitos, diferentemente da natureza anterior. Para a pessoa com deficiência, não há curatela permanente, porque, além do requisito da temporalidade, o § 3º do art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, alude aos requisitos de proporcionalidade e excepcionalidade, relativamente “às necessidades e circunstâncias de cada caso” (LÔBO. 2017, p.2)

autodeterminação do cidadão, advindos da ingerência do Estado. Por isso, não é suficiente sua manutenção fundada em motivos que não comprovem sua real necessidade.

Destaca-se que a Lei n° 13.146 tornou relativamente capazes aqueles que, por causas transitórias ou permanentes, não puderem expressar sua vontade. Essa mudança ensejou críticas de parcela da doutrina⁴ (TARTUCE,2021, p.150).

Isso porque, diferentemente da presunção de incapacidade antes estabelecida em desfavor da pessoa com deficiência, no caso dos indivíduos impossibilitados de declarar sua vontade, tal como pessoas em coma ou em estágio avançado de demência, não é possível aferir a robustez de suas declarações, uma vez que elas são ausentes.

1.1 Capacidade Civil da Pessoa Idosa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A necessidade de se conferir especial proteção ao idoso pelo ordenamento jurídico brasileiro decorre do exposto dever constitucional imposto ao Estado e previsto no art. 230 da Constituição da República, que positiva a obrigação de “amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Desse modo, o Poder Legislativo encarregou-se de editar diferentes leis ao longo dos anos, as quais buscaram não apenas conferir maior anteparo legal frente a eventuais violações, mas também garantir que a pessoa idosa usufrua de seus direitos sociais e, assim, conte com os meios adequados de integração social.

A Política Nacional do Idoso (Lei n° 8.842), de 1994, prevê uma série de ações governamentais a serem adotadas pelo Poder Executivo de todos os entes da Federação, embasada, entre outros, no princípio do “dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.” Nessa perspectiva, foram criados institutos e normas, além de estabelecimentos públicos e privados, a fim de assegurar a preservação da autonomia, da participação comunitária, ações e ferramentas que auxiliassem no combate a proliferação de

⁴ “Apesar dessa afirmação, fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. O presente autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de Lei 757/2015 (atual Projeto 11.091/2018, na Câmara), em sua redação originária e contando com o meu apoio. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido técnico-jurídico “(TARTUCE, 2021, p.150).

atitudes estereotipadas intentadas contra o idoso (PL 5.710, 1990, p.4). Entretanto, ainda que elogiáveis os respectivos resultados, a população idosa não deixou de sofrer os impactos negativos derivados direta ou indiretamente da forma como o envelhecimento continua a ser tratado.

É que, para além dos fatores naturais que decorrem do aumento da idade, a alteração substancial nos aspectos comportamentais produz efeitos gravosos relacionados à interação do idoso com sua comunidade, a exemplo da diminuição de sua independência e autonomia para a prática de atos cotidianos. Isso se reflete negativamente na manutenção de seu senso de propósito enquanto cidadão.

Concomitantemente, o isolamento social, fenômeno inserido nesse cenário, decorre de uma série de razões e produz consequências negativas para a saúde física e para a saúde mental dos idosos, como depressão, ansiedade, pressão arterial elevada, aumento do risco de doenças cardíacas e, até mesmo, aumento da taxa de mortalidade (FURQUIM, 2022, p. 3).

Desse contexto, surge a estigmatização da pessoa idosa como um fator que contribui diretamente para o agravamento de tal cenário, com a incorporação de estereótipos negativos que reforçam a fragilidade, a dependência e a incapacidade do idoso e, conseqüentemente, levam-no à perda de autoestima e de autoconfiança.

Nesse sentido, com o fim de materializar os anseios constitucionais por meio da estruturação de um microsistema próprio, foi promulgado em 2003 o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741) que reúne uma série de deveres da sociedade, da família e do Estado para com a pessoa idosa. Busca-se incentivar o chamado “envelhecimento ativo”⁵, ou seja, a inclusão dos idosos na sociedade, valorizando suas experiências, seus conhecimentos e suas habilidades e incentivando a continuidade de seus projetos de vida e de suas atividades produtivas.

A garantia da participação da pessoa idosa na comunidade em que vive constituiu um dos núcleos fundamentais do Estatuto, na medida em que seu afastamento do convívio social é reconhecido como um fenômeno preocupante, embora muitas vezes atrelado ao processo natural de envelhecimento.

⁵ “Envelhecimento ativo é o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas. O envelhecimento ativo aplica-se tanto a indivíduos quanto a grupos populacionais. Permite que as pessoas percebam o seu potencial para o bem-estar físico, social e mental ao longo do curso da vida, e que essas pessoas participem da sociedade de acordo com suas necessidades, desejos e capacidades; ao mesmo tempo, propicia proteção, segurança e cuidados adequados, quando necessários” (OMS, 2005). Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publica/coes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso: 17/09/2023.

Desse modo, visando alcançar os objetivos mencionados, o legislador estabeleceu deveres direcionados não à pessoa idosa, mas ao restante da população, como a garantia de atendimento prioritário (art. 3º, § 1º), direito ao recebimento de alimentos (art. 11), ao desconto de pelo menos 50% em atividades culturais e de lazer (art. 23) e à reserva de ao menos 5% das vagas em estacionamentos públicos e privados, dentre outros.

Ademais, o Estatuto contém capítulos que tratam do direito à educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e trabalho, o incentivo à participação comunitária, em observância ao estímulo à interação entre diferentes gerações. Entende-se que eventuais limitações decorrentes do envelhecimento devem ser corrigidas ou assistidas por meio da estipulação de encargos àqueles que realizam o atendimento ou tratamento dos indivíduos idosos, sempre com o intuito de ampliar as garantias para contornar as desigualdades verificadas.

Essa perspectiva compreende que estabelecer restrições à autonomia da pessoa idosa, ainda que sob alegações de cunho protecionista, acaba por provocar o efeito contrário ao desejado. Assim, não deve ocorrer de forma generalizada, mas tão somente após a análise da situação individual e da constatação de flagrante necessidade da pessoa.

A priorização da assistência familiar em detrimento do atendimento asilar, conforme dispõe o art. 3º, § 1º, inc. V, constitui um exemplo prático da busca pela manutenção da autonomia como um dos objetivos da Lei nº 10.741, uma vez que a internação em tais estabelecimentos ocorria, em muitos casos, contra a vontade das pessoas idosas. Da mesma forma, também é possível, por exemplo, observar o dever de preservar a vontade do idoso na opção pelo tratamento de saúde que ele entender mais favorável, conforme art. 17 do Estatuto.

Outrossim, para além da imposição de uma série de deveres à sociedade e à família no tratamento e na assistência da pessoa idosa, o Estatuto inova ao tratar das infrações penais a ações cometidas contra essa parcela da população. Ao mesmo tempo, buscou-se fornecer meios eficientes de atuação ao Ministério Público (MP) na persecução daqueles que praticam condutas ilícitas listadas pela legislação especial:

Quanto à tipificação de novos delitos em proteção ao idoso, o Ministério público carece de instrumentos para lidar com a diversidade de situações, ficando muitas vezes sem poder promover a ação penal porque as condutas lesivas são atípicas. Destarte, foram instituídos novos crimes, como a discriminação, o preconceito, o abandono em clínicas, casas de saúde e outros, constantes do Substitutivo. Foram alteradas certas disposições do Código Penal que beneficiam o idoso de setenta anos, substituindo-se essa idade para “sessenta anos”, ficando compatível com a legislação do Idoso (PATRIOTA, 2022, p.8,9). (grifo nosso)

A aplicação do Direito Penal, considerado última *ratio* no processo de responsabilização de indivíduos infratores da lei, demonstra que o legislador reconheceu a gravidade da prática

dos atos por ele tipificados. Criminalizam-se não apenas condutas violentas e maus tratos cometidos contra a pessoa idosa, mas também atos que promovam ou perpetuem a sua discriminação.

Assim, entre os crimes previstos no capítulo II do título VI do Estatuto, destaca-se o tipo penal do art. 100 como preceito primário: “Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: I – obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade; II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho”.

Destarte, o fundamento da criminalização de tal conduta recai em impedir que a pessoa idosa, por motivos exclusivamente associados à sua idade, seja impossibilitada de exercer atividades laborais na iniciativa privada ou em cargos públicos. Isso porque o trabalho não constituiu apenas direito social previsto no art. 6º da Constituição, mas também está atrelado à manutenção das relações sociais e da autonomia do idoso como indivíduo independente. Assim, considerar, *a priori*, a incapacidade para sua realização é uma forma de discriminação e, conseqüentemente, de exclusão do convívio em sociedade. Inclusive, grande parcela da força de trabalho no Brasil é constituída por pessoas de idade avançada, percentual que alcança quase 20%, conforme pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2022⁶.

Outrossim, evidencia-se a promulgação da Emenda Constitucional (EC) n° 88 de 2015, por meio da qual promoveu-se a alteração do art. 40, § 1º, inc. II da Constituição Federal, com o aumento do limite etário para a aposentadoria compulsória dos servidores, ao reconhecer a aptidão para o exercício das atribuições que compreendem o funcionalismo público (CASTELO, 2005, p.9).⁷ É o caso, por exemplo, de funções de elevado nível hierárquico e com um grau acentuado de complexidade na realização das respectivas atividades exercidas por idosos, como ministros dos tribunais superiores, desembargadores, ministros de Estado e entre outros.

⁶ No País, no 3º trimestre de 2022, as pessoas de 14 a 17 anos de idade representavam 7,0% das pessoas em idade de trabalhar. Os jovens de 18 a 24 anos correspondiam a 13,1%. As maiores parcelas eram formadas pelos grupos de 25 a 39 anos (29,5%) e de 40 a 59 anos (31,7%). Os considerados idosos pela Organização Mundial da Saúde para países em desenvolvimento, 60 anos ou mais de idade, representavam 18,8%. IBGE. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/2022/pnadc_202203_trimestre_caderno.pdf. Acesso em: 03/10/2023

⁷ Parecer: Sob tal ótica, uma regra geral, que postergue a idade de aposentadoria compulsória, mostra-se muito bem-vinda, na medida em que vem ao encontro dos interesses daqueles que iniciaram, tardiamente, suas atividades formais de trabalho, computáveis como tempo de contribuição (ou de serviço) bem como daqueles outros que, sentindo-se em condições de continuar a trabalhar e a oferecer sua contribuição para a Administração Pública, para sociedade e para o País, queiram ainda dar de si, com base em disposição e contribuição eminentemente pessoal, em fase mais avançada de suas vidas, exercitando esse ato de vontade (CASTELO, 2005, p.9).

Nesse sentido, considere-se que a idade avançada dos membros do funcionalismo público é prestigiada, reconhecendo-se o acúmulo de experiência e de conhecimento decorrentes da longa carreira profissional desenvolvida. Em certos casos, constitui até critério de desempate em processos promocionais.

Portanto, denota-se que o tratamento conferido à pessoa idosa pelo ordenamento jurídico brasileiro caminhou no sentido de assegurar ao máximo sua autonomia em condições de igualdade com o restante da população. A promulgação do Estatuto do Idoso, além de estabelecer os deveres do Estado, da família, à sociedade e da comunidade, atua como importante marco legal de reconhecimento do envelhecimento como fenômeno natural e, principalmente, não gerador, obrigatoriamente, de deterioração da aptidão do indivíduo para o exercício dos atos da vida civil (PEREIRA, 2017, p.588).⁸

Nesse sentido, verifica-se que diferentes políticas públicas se orientaram também no sentido de conscientizar a sociedade acerca da necessidade de se compreender a chegada da velhice como uma etapa da vida e assegurar o respeito quando do tratamento da pessoa idosa (BRAGA, 2011, p.1).⁹

1.2 Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

Evidenciada a importância do Estatuto da Pessoa Idosa como instrumento legal concretizador da autonomia do idoso, o compromisso com a garantia do envelhecimento digno que viabilize o pleno exercício de seus direitos na sociedade civil não constitui um esforço evidenciado apenas em nível de Brasil. A comunidade internacional, por meio da celebração de múltiplos tratados e convenções plurilaterais, buscou, ao longo dos anos, estabelecer diretrizes e objetivos no sentido de orientar os países a adotarem medidas voltadas à persecução de tal finalidade¹⁰.

⁸ Entre as conquistas da Lei nº 10.481, de 1º de outubro de 2003, destaque-se o efetivo enfrentamento às contradições vigentes relativas à atribuição da incapacidade intelectual dos Idosos. (PEREIRA, 2017, p. 588).

⁹ Socializar o envelhecimento é um processo de aprendizagem sobre as características e demandas do envelhecer. Significa incitar a sociedade a absorver o envelhecimento como um processo complexo, que envolve uma mudança de comportamento e principalmente uma mudança de pensamento e de reflexão. Não adianta tratar bem o idoso porque isto é lei. É preciso respeitar e aceitar o envelhecimento porque ele faz parte da própria vida” (BRAGA, 2011, p.1).

¹⁰ Exemplos: Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas (1991); Proclamação sobre o Envelhecimento (1992); Declaração Política e o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2002) e instrumentos regionais como: Estratégia Regional de Implementação para a América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento (2003); Declaração de Brasília (2007); Plano de Ação da Organização Pan-Americana da Saúde sobre a Saúde dos Idosos, Incluindo o Envelhecimento Ativo

Em 9 de junho de 2015, o Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, contando com a adesão de diversos países integrantes. O Brasil, como membro, participou das sessões que levaram à edição desse documento e assinou o texto final aprovado pelos Estados presentes. Entretanto, essa convenção ainda carece de ratificação, razão pela qual não gera efeitos no plano internacional ou nacional. No último caso, seus efeitos virão somente após a publicação e promulgação do decreto presidencial, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) (MAZZUOLI, 2019, p.449).¹¹

Todavia, é certo que os termos acordados pelos Estados Partes na celebração da convenção não refletem o posicionamento de grande parte do continente americano, no sentido de reconhecer a necessidade de especial proteção do indivíduo idoso, visando ao alcance de um tratamento digno e igualitário. A comunidade interamericana, demonstrando real preocupação com a forma pela qual os países membros conduziam a assistência das pessoas idosas em seu território, compreendeu que a “adoção de uma convenção ampla e integral contribuirá significativamente para promover, proteger e assegurar o pleno gozo e exercício dos direitos do idoso e para fomentar um envelhecimento ativo em todos os âmbitos”. (OEA, 2015, p.1)

O art. 1º da convenção faz referência a seus objetivos e ao âmbito de aplicação, buscando assegurar o pleno gozo e exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso:

O objetivo da Convenção é **promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade**, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua **plena inclusão, integração e participação na sociedade**. (...) Os Estados Partes somente poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos na presente Convenção mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, **na medida em que não contradigam o propósito e razão dos mesmos** (OEA, 2015, p.3). (grifo nosso)

Nesse contexto, a preservação do bem-geral e a não contradição com o propósito e a razão dos direitos assegurados à pessoa idosa devem ser observados quando da estipulação de normas que visem a restringir a livre tomada de decisões desse segmento da sociedade. O atendimento a tais requisitos busca atender as metas elencadas pela comunidade interamericana, se de garantir ao máximo a isonomia e a autonomia individual da pessoa idosa perante a lei.

e Saudável (2009); Declaração de Compromisso de Port of Spain (2009) e a Carta de San José sobre os direitos do idoso da América Latina e do Caribe (2012).

¹¹“Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internas (MAZZUOLI, 2019, p. 447).

Outrossim, com o fim de melhor auxiliar os Estados Partes na concretização dos objetivos listados, a convenção estabelece uma série de conceitos, dentre os quais ressalta-se o de discriminação promovida em razão da idade durante a velhice:

“Discriminação por idade na velhice”: Qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada na idade que tenha como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais na esfera política, econômica, social e cultural ou em qualquer outra esfera da vida pública e privada (OEA, 2015, p.4).

Verifica-se do artigo que a convenção ampliou a concepção de ato discriminatório para abarcar eventuais condutas praticadas pelos próprios Estados Partes, quando da imposição de restrições baseadas na idade. Desse modo, além do compromisso com o combate à proliferação da discriminação perpetuada pela sociedade, busca coibir eventuais ações capazes de produzir os mesmos resultados em decorrência da arbitrariedade do Poder Público.

Entre os princípios gerais elencados no art. 3º da convenção destacam-se o da dignidade, da independência, do protagonismo e da autonomia, o da igualdade e o da não discriminação ao idoso. Fica evidente que a aplicação dos dispositivos formulados pelos membros da OEA deve se adequar à base principiológica elencada, na qual se verifica a preponderância de preceitos ligados à autodeterminação e ao tratamento igualitário durante o envelhecimento.

O art. 7º da convenção, intitulado “Direito à independência e à autonomia”, impõe aos Estados Partes o dever de respeitar a manifestação da vontade da pessoa idosa, por meio da livre tomada de decisões que digam respeito ao planejamento e ao desenvolvimento autônomo de sua vida:

Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos. Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o **fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas**. Em especial, assegurarão: a) **O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos (...)** (OEA, 2015, p.7). (grifo nosso)

É possível observar que o fortalecimento da família é expressamente referido como uma preocupação a ser assumida pelos Estados Partes. A formação e a preservação dos laços familiares e das relações afetivas devem ser asseguradas como decorrência do compromisso com o respeito à independência do idoso no desenvolvimento de sua vida privada.

Por fim, o artigo 30 da convenção, ao tratar da igualdade de tratamento da pessoa idosa perante a lei, afirma que sua capacidade jurídica deve ser reconhecida em igualdade àquela

atribuída aos demais indivíduos em todos os aspectos da vida. Assim, afasta-se dos Estados qualquer forma de influência indevida, respeitando a vontade e as preferências do idoso:

Os Estados Partes reconhecerão que **o idoso tem capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.** [...] Os Estados Partes assegurarão que, em todas as medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica, se proporcionem salvaguardas adequadas e efetivas para impedir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que **as medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica respeitem os direitos, a vontade e as preferências do idoso, sejam isentas de conflito de interesses ou de influência indevida, sejam proporcionais e adequadas às circunstâncias do idoso,** se apliquem no prazo mais curto possível e estejam sujeitas a exames periódicos por parte de uma autoridade ou um órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que essas medidas afetem os direitos e interesses do idoso (OEA, 2015, p.20). (grifo nosso)

Observa-se que a convenção faz menção expressa à necessidade de observância dos critérios de adequação e de proporcionalidade, quando da adoção de qualquer medida que vise limitar a capacidade jurídica da pessoa idosa, afastando a perpetuação de influências indevidas na esfera individual de sua vida.

Conclui-se que o tratamento conferido ao idoso pela comunidade interamericana, a ser observado com a celebração de um acordo internacional que atribui deveres aos Estados Partes, pauta-se pelo reconhecimento da autonomia e de sua igualdade no cenário global de envelhecimento.

Conforme observado, a limitação do pleno exercício dos atos da vida privada representa uma medida de extrema gravidade, a qual, por mais que apresente razões de natureza protecionista, apenas se justifica em casos de comprovada necessidade.

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da edição de diferentes leis voltadas a garantir de forma mais eficiente o respeito às garantias e direitos fundamentais das minorias, adotou uma concepção que privilegia a liberdade e a autonomia para melhor alcançar a integração de tais grupos na sociedade. Nesse contexto, a noção de vulnerabilidade, ainda que de extrema importância para reconhecer que determinados indivíduos necessitam de um grau maior de proteção por parte do Estado, deixou de constituir motivo único e determinante para a presunção da incapacidade dos considerados vulneráveis.

A incorporação de tal entendimento pelo Poder Público não deve se limitar apenas à estipulação dos casos em que a legislação atribui a incapacidade de forma expressa e generalizada, como visto na situação das pessoas com deficiência na antiga redação do art. 3º do Código Civil. A limitação da prática de determinados atos da vida privada em razão da condição etária ou física do indivíduo, ainda que pontual, por mais que não carregue a mesma

gravidade da destituição da capacidade de fato, produz efeitos similares no que tange à violação de sua autonomia privada.

1.3 Regime de Separação Obrigatória de Bens: Conceito e Evolução Histórica

O regime de bens regula o patrimônio durante o casamento e as uniões estáveis no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, das relações afetivas decorrem importantes efeitos jurídicos regulados pelo Direito, ainda que o vínculo estabelecido entre cônjuges e companheiros seja essencialmente afetivo.

O Código Civil de 2002 prevê quatro tipos de regimes de bens que podem, em regra, ser livremente escolhidos pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, quais sejam: comunhão universal (art. 1667), comunhão parcial (art. 1658), separação total (1.687) e participação final nos aquestos (art. 1672). Mas se nada declararem os nubentes quanto à escolha do regime de bens, eles terão sua relação regida pelo regime legal, atualmente o representado pela comunhão parcial, com a promulgação da atual codificação civil, estabelecida em seu artigo 1.640. Da mesma forma, é expressamente reconhecida a possibilidade de estipulação do regime de bens no âmbito das uniões estáveis, por meio do contrato de convivência.

Desse modo, concebendo-se o casamento como instituição quanto a seu conteúdo e contrato especial quanto à sua constituição (TARTUCE, 2021, p.2046),¹² os princípios da autonomia privada e da multiplicidade de regimes de bens implicam que o regime patrimonial entre cônjuges ou conviventes, em princípio, deve decorrer da vontade exclusiva deles.

Não obstante, em algumas hipóteses, o legislador limita os nubentes ou subtrai de sua vontade a opção de escolha quanto às regras que irão reger a sociedade conjugal. Por exemplo: o art. 1.641 do atual CC e seus incisos impõem a separação obrigatória de bens, isto é, afasta a possibilidade de comunicação de patrimônio ou comunhão de bens entre os cônjuges (DIAS, 2021, p. 712).¹³ Mas ainda que o regime de separação obrigatória se assemelhe ao da separação

¹² Sobre as diferentes teorias que buscam identificar a natureza jurídica do casamento, referidas por Flávio Tartuce: “Teoria mista ou eclética: o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação. Essa visão é seguida por doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Flávio Augusto Monteiro de Barros e Roberto Senise Lisboa.”

¹³ A escolha do regime de bens, feita por ocasião do casamento, rege a situação patrimonial do casal durante sua vigência, mas tem maior significado quando da dissolução. Podem os noivos adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei ou gerar um regime próprio. Mantendo-se silenciosos, ou seja, não firmando pacto antenupcial, vigora o regime da comunhão parcial. Hipóteses há, no entanto, em que a vontade dos nubentes não é respeitada. É imposto o regime da separação obrigatória (CC 1.641). A lei fala em regime de separação “absoluta” querendo dizer “obrigatória” (CC 1.647). De qualquer sorte, a intenção é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios (DIAS, 2021, p. 712).

total de bens, é possível observar que os efeitos do artigo 1.641 são mais extensos e graves, na medida em que o primeiro possui ainda repercussões em matéria sucessória, ainda que sua incidência não decorra da vontade das partes.

Em vista disso, faz-se necessário analisar sobre quais situações fáticas recai a imposição do regime de separação legal, com o fim de melhor compreender a intenção do legislador quando da edição da norma que suprime a autonomia da vontade dos nubentes.

Nesse sentido, o inciso I do referido artigo 1.641 estabelece que aqueles que contraírem casamento em afronta às causas suspensivas, previstas no artigo 1.523 do CC, necessariamente estarão submetidos ao regime da separação obrigatória de bens. Tais causas constituem situações às quais o legislador impõe certos deveres de ordem procedimental e patrimonial, deveres esses que devem ser cumpridos antes da celebração do casamento.

Assim, é possível observar que, na maioria dos incisos do art. 1.523 (I, II e III), as obrigações são impostas a indivíduos que já mantiveram uma relação conjugal e que não mais se encontram casados, por falecimento do cônjuge ou dissolução por divórcio. Isso porque o objetivo da norma é afastar a possibilidade de eventuais confusões patrimoniais que possam decorrer da celebração de novos casamentos e gerar prejuízos aos envolvidos.

A segunda hipótese em que a autonomia da vontade dos nubentes quanto à opção pelo regime de bens é desconsiderada se dá nos casos em que o casamento é celebrado após suprimento judicial do consentimento. Nesses casos, pessoas maiores de 16 e menores de 18 anos devem recorrer ao Judiciário, frente à recusa injustificada de seus genitores, considerando que, para elas, a anuência parental é obrigatória por força do artigo 1.517 do CC. A concessão da autorização judicial indica a falta de razoabilidade na recusa dos pais, razão pela qual autores, como Dias (2021, p. 716),¹⁴ apontam a falta de justificativa na aplicação do instituto, tendo em vista que os cônjuges sofreriam com uma limitação patrimonial por parte do Estado após a regularização de sua situação.

Por fim, a terceira hipótese de imposição do regime de separação obrigatória de bens aplica-se a indivíduos com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, conforme o atual CC. Uma norma que afasta completamente a livre disposição dos nubentes na fixação do regime patrimonial de seu próprio casamento é, por si só, alvo de fundamentadas críticas doutrinárias e jurisprudenciais. O maior número de opiniões é desfavorável à sua vigência, como se verá adiante.

¹⁴ Nada justifica a imposição do regime da separação de bens. Os noivos acabam punidos por uma resistência descabida dos genitores em concordar com as núpcias. Logo é injusto impor o regime da incomunicabilidade dos bens ao casamento cancelado pela própria Justiça (DIAS, 2021, p. 716).

Essa restrição também se aplica às uniões estáveis, já que a imposição do regime de separação obrigatória, nos exatos termos em que regula o casamento de maiores de 70 anos, foi alvo de apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 646.259, de 2010, que decidiu por sua aplicação igualitária às uniões estáveis.

O assunto, todavia, não se encontrava pacificado, pois tratando-se de norma que promove evidente restrição de direitos, havia fundada dúvida quanto a sua aplicação nas relações entre companheiros. Em que pese a equiparação entre casamento e união estável para fins sucessórios estabelecida pelo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, autores como Tartuce (2021, p.2245) defendem que os efeitos decisórios não se estendem ao Direito de Família.¹⁵

Todavia, tal controvérsia foi superada com a pacificação do tema pela corte cidadã e, sendo assim, a incidência da norma prevê a separação obrigatória de bens nas uniões estáveis nos mesmos termos em que regula os casamentos celebrados nas situações previstas pelo legislador, conforme se verifica na Súmula nº 655 do órgão jurisdicional: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.”

Com base no conceito e nas hipóteses de aplicação do instituto da separação legal de bens, vale verificar o desenvolvimento histórico dessa modalidade de regime patrimonial nas diferentes codificações civis em que foi referida para regular relações familiares.

1.3.1 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, que esteve vigente no ordenamento jurídico brasileiro por 86 anos, foi estruturado na perspectiva patriarcal e na regulamentação do casamento como instituto do direito privado, segundo o art. 233, a mulher se encontrava em uma posição de inferioridade em relação ao homem, considerado o “chefe da relação conjugal”.

Inicialmente, a promulgação da antiga codificação civil na vigência da Constituição Federal de 1891, que teve forte influência do então pensamento norte-americano estruturado no paradigma do Estado Liberal. Desse modo, os dispositivos que regiam a forma de participação

¹⁵ A equiparação diz respeito apenas ao Direito das Sucessões. Assim, por exemplo, o companheiro deve ser tratado como herdeiro necessário, incluído na relação do art. 1.845 do Código Civil. Entretanto, ainda persistem diferenças entre as duas entidades familiares, especialmente no âmbito do Direito de Família, como no caso dos elementos para a sua caracterização. Não nos convence, portanto, a afirmação de que a equiparação feita pelo STF também inclui os devidos fins familiares, sendo total. Essa é a posição defendida, por exemplo, por Mário Luiz Delgado, para quem a união estável passa a ser um casamento forçado. (TARTUCE, 2021, p. 2245).

na administração dos bens comuns e as normas relativas aos regimes de bens adotados pelo legislador refletiam diretamente a desigualdade entre os cônjuges, positivada na antiga codificação civilista.

O título III do capítulo referente ao Direito de Família disciplinava os possíveis regimes de bens previstos na antiga codificação, os quais apresentavam diferentes características quando comparados com as inovações que acompanharam o CC/2002. Isso porque, além da comunhão parcial, da comunhão universal e da separação convencional, o chamado “regime dotal” vigorava como modalidade de regime patrimonial. A estipulação dos diferentes regimes patrimoniais e a opção feita pelos nubentes tinham ligação direta com o momento histórico vivenciado quando da constituição dos casamentos (MADALENO, 2015, p.743).¹⁶

No que tange ao regime de separação legal, o antigo CC, de forma semelhante às atuais disposições normativas, listava diversamente as hipóteses de sua incidência, conforme o parágrafo único do art. 258:

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

Parágrafo único. **É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:**

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395. embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).

A leitura do dispositivo mencionado evidencia a principal diferença contida no inciso que torna obrigatória a separação de bens exclusivamente em razão da idade dos nubentes: a diferença etária estabelecida entre homens e mulheres.

Desse modo, em mais uma expressão do caráter patriarcal que permeava o antigo CC, o legislador tratava de forma distinta os nubentes dentro da relação conjugal para fins de incidência do regime de separação obrigatória. Todavia, essa diferenciação não apresentava qualquer fundamentação racional. Trata-se de mais um indício de que, à guisa de proteção, a legislação muitas vezes criava restrições ao pleno exercício da capacidade civil.

¹⁶ Os diferentes regimes de bens são o reflexo dos tempos e das mudanças sociais que oferecem configurações patrimoniais que vão se amoldando no tempo, com maior ou menor liberdade, conforme as necessidades dos cônjuges e conviventes. Em períodos de maior participação da mulher no papel de partícipe da construção material da entidade familiar, sua posição tem reflexo na mudança dos regimes patrimoniais, podendo ser observado que atualmente no Brasil há forte inclinação pelo regime convencional da separação de bens. O grande pilar dos regimes de comunicação total ou parcial de bens estava fundado na solidariedade matrimonial, centrado em um modelo de matrimônio que restringia a capacidade produtiva da esposa, e os regimes de comunhão serviam para equilibrar fortunas desproporcionais. (MADALENO, 2015, p.743)

Além da presunção de incapacidade da pessoa idosa para a escolha do regime de bens de seu casamento, compreendia-se que a aptidão decisória da mulher era inferior à do homem, concepção sem fundamento, ante a falta de indicativos científicos ou sociológicos atestadores.

Assim sendo, é possível verificar, de forma evidente, o reflexo da estruturação patrimonialista da antiga codificação, materializada na limitação da autonomia privada do nubente para escolha de seu regime de bens, com base em critérios unicamente etários.

A manutenção do parágrafo único daquele art. 258 do antigo CC já sofria críticas entre os autores contemporâneos à lei, como João Baptista Villela, citado por Caio Mário, para quem “a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade” (PEREIRA, 2013, p. 16).

Sílvio Rodrigues, ressaltando o caráter desproporcional da norma, afirma que o fundamento do legislador advinha de uma suposta necessidade de estabelecer proteção à pessoa idosa que poderia constituir relações com fins unicamente patrimoniais. Entretanto, a incidência da norma não considerava a hipótese de casamentos celebrados entre idosos:

Neste caso, mais do que nos outros, é nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa moça procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte. É verdade que a proibição não se circunscreve apenas ao casamento de mancebo com quinquagenária, ou ao casamento de sexagenário com mulher jovem, **casamentos esses em que, mais frequentemente, a busca de vantagem material se manifesta, porém abrange o casamento da mulher de mais de 50 com o homem de mais de 60 anos.** Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. **A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém.** Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver. Entretanto, embora defeituosa por excessiva, é nesse sentido a proibição que se encontra na lei (RODRIGUES, 2009, p.165). (grifo nosso)

Trata-se, assim, de norma com caráter discriminatório, a qual, ainda que editada com fins protetivos, acaba por limitar a esfera de liberdade individual do indivíduo idoso. Outrossim, é preciso destacar que a imposição do regime de separação obrigatória de bens não implica restrições apenas na esfera das relações de família, uma vez que o Direito Sucessório também acaba por ser substancialmente afetado.

O art. 1.603, que tratava da vocação hereditária, previa que o cônjuge sobrevivente apenas seria beneficiado com a constatação da ausência de ascendentes e descendentes vivos (PEREIRA, 2017, p. 132). Destarte, observa-se novamente uma norma que conferia tratamento desigual a mulheres em relação aos homens, restringindo significativamente seu direito para fins sucessórios.

Portanto, conclui-se que o arranjo normativo do CC de 1916 contava com diversas normas que sobrepujam a proteção legal do patrimônio em relação ao indivíduo. Essa forma de se compreender o Direito Civil refletia diretamente o momento histórico do país, quando da elaboração das regras que disciplinavam as relações estabelecidas na esfera privada.

1.3.2 Código Civil de 2002

A promulgação do CC de 2002 representou a materialização da nítida necessidade de atualização dos dispositivos contidos no CC de 1916 com seus 86 anos de vigência, com o fim de sua adequação frente aos princípios constitucionais sedimentados pelo movimento constituinte de 1988.

Assim sendo, a transição entre codificações civis possibilitou não apenas a alteração de múltiplos dispositivos que não mais atendiam às mudanças socioeconômicas apresentadas pela sociedade brasileira, mas também representou um marco na consolidação dos valores incorporados pela constituição cidadã. Muitas normas e institutos jurídicos contidos no CC de 1916 tornaram-se incompatíveis com os preceitos que passaram a constituir a nova carta política brasileira, a exemplo de artigos (alguns já mencionados) que, no âmbito do Direito de Família, previam tratamento desigual da mulher e, até mesmo discriminatório, na relação conjugal.

Já sobre o atual Código Civil, que contou com um longo período de tramitação dentro do Poder Legislativo, é possível remontar a seu primeiro projeto base de 1975 (TARTUCE, 2021, p. 96).¹⁷ É evidente que o anseio pela reformulação estrutural da codificação civil já podia ser observado frente à pronta necessidade de se aperfeiçoar e se substituírem muitos dos antigos dispositivos normativos então vigentes, também pelo intenso processo de transformações sociais e econômicas que marcaram a segunda metade do século XX, conforme consta da exposição de motivos de seu projeto final. É o destaca também o então Ministro da Justiça Armando Falcão, ao reforçar a imprescindibilidade de superação da antiga codificação em sua justificativa do novo CC:

É de longa data (...) que vem sendo reclamada a atualização do Código Civil de 1916, elaborado numa época em que o Brasil mal amanhecia para o surto de desenvolvimento que hoje o caracteriza, e **quando ainda prevaleciam, na tela do Direito, princípios individualistas que não mais se harmonizam com as aspirações do mundo contemporâneo**, não apenas no domínio das atividades

¹⁷ “A atual codificação civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, com seu embrião, no ano de 1975, ocasião em que o então Presidente da República, Ernesto Geisel, submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por Miguel Reale.” (TARTUCE, 2021. p. 96).

empresariais, mas também **no que se refere à organização da família, ao uso da propriedade ou ao direito das sucessões** (CC, 2002). (grifo nosso)

Outrossim, sob o ponto de vista jurídico-normativo, o CC de 1916 esteve vigente durante cinco diferentes Constituições da República Federativa do Brasil, as quais tinham bases principiológicas diversas e decorreram de momentos paradigmáticos muitas vezes opostos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil, de forma global, e o Direito de Família, como decorrência direta do desenvolvimento da vida privada do indivíduo, passaram a demandar que a interpretação de seus dispositivos fosse promovida em sintonia com os ditames constitucionais, num fenômeno que passou a ser denominado “horizontalização ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Nesse sentido, o professor Flávio Tartuce afirma que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um preceito fundamental representa o principal fundamento de identificação do processo de personalização do Direito Civil, uma vez que o caráter patrimonialista que estruturava o antigo Código Civil resta, então, superado:

O primeiro deles, aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1.º, inc. III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se do superprincípio ou princípio dos princípios como se afirma em sentido geral. **A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. A tutela da dignidade humana representa a proteção da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada.** Como explica o jurista alemão Stephan Kirste, “ter liberdade jurídica significa, como ainda mostraremos em seguida, possuir direitos subjetivos. A capacidade de liberdade é, assim, a capacidade de ser portador de direitos subjetivos. Portador desses direitos é, então, o sujeito do Direito ou a pessoa de Direito. **A proteção da dignidade humana significa, portanto, o direito ao reconhecimento como pessoa do Direito** (TARTUCE, 2021, p.111). (grifo nosso)

Desse modo, antigos institutos do Direito Civil, ainda que replicados pela novel codificação, passam a exigir a harmonização com os preceitos constitucionais quando de sua aplicação. Isso porque o indivíduo torna-se o centro da legislação civilista, e seu patrimônio deixa de constituir o principal objeto sobre o qual recai a excessiva e desproporcional proteção da lei (PEREIRA, 2017, p. 16).¹⁸

O Direito de Família, como ramo do Direito Civil, traz características que diferem substancialmente do tratamento conferido pelo antigo CC, conforme Paulo Lôbo (2008, p. 5):

- a. a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b. a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;

¹⁸ Novo referencial se apresenta nos estudos do Direito Civil descaracterizando a excessiva preocupação pelas relações patrimoniais. Neste aspecto destaque-se (...) que ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e subordinar as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, consegue assim despatrimonializá-las: os institutos do Direito Civil têm proteção condicionada ao atendimento de sua função social, cujo conteúdo é definido fora da órbita patrimonial (PEREIRA, 2017, p. 16).

- c. os **interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;**
- d. a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica;
- e. consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f. reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e a **liberdade de planejamento familiar**, sem imposição estatal;
- g. a **família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros;** (grifo nosso)

A pessoa humana, integrante das relações familiares constituídas nos termos da lei, tem assegurada a priorização de sua vontade na constituição e no planejamento familiar, em sobreposição aos interesses meramente patrimoniais então decorrentes. Nesse sentido, a preservação da dignidade humana passa a balizar a aplicação dos institutos do Direito familiar, na medida em que estabelece limites quanto à salvaguarda irrestrita do patrimônio.

No que tange à imposição do regime de separação obrigatória de bens, o CC de 2002 manteve sua incidência para os casos de suprimento judicial para o casamento e adicionou a hipótese de celebração com inobservância das causas suspensivas, listadas em capítulo próprio:

- Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
 - II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
 - III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Desse modo, é preciso evidenciar que a antiga codificação listava, como algumas das causas de impedimento (art. 183, CC/16), situações semelhantes e até mesmo iguais às circunstâncias que atualmente são consideradas causas suspensivas (art. 1.523, CC/2002).

No CC de 1916 (art. 207), ao reunir as causas suspensivas no rol de impedimentos, mencionavam-se as hipóteses que, afrontadas, importariam em casamento nulo. Já no CC de 2002, a celebração de casamento em qualquer situação de impedimento resulta em sua nulidade, conforme dispõe o artigo 1.548.

Nesse sentido, destaca-se mais uma inovação presente no atual CC, em consonância com o esforço legislativo e jurisprudencial de preservar a autonomia dos nubentes, ou seja, a possibilidade de requerimento em Juízo da não aplicação das causas suspensivas, mediante prova da inexistência de prejuízo aos sujeitos listados no parágrafo único do artigo 1.523. As causas suspensivas poderão ser afastadas caso os nubentes demonstrem judicialmente a inexistência de prejuízo, o que não ocorre nas hipóteses contidas nos demais incisos:

- É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (CC, 2002)

A pessoa maior de 60 anos, independentemente do sexo, conforme redação original do CC de 2002, submete-se ao regime de separação obrigatória. O legislador unificou, entre homens e mulheres, o limite etário para a livre estipulação do regime patrimonial dos nubentes, materializando o direito fundamental à igualdade, no que tange às garantias e aos deveres matrimoniais, tal qual previsto na Constituição Federal, art. artigo 226, § 5º.

Por fim, o artigo 1.829, inciso I do CC prevê que o cônjuge casado, com a observância do regime de separação obrigatória de bens, não concorrerá com os descendentes do falecido para fins de sucessão. Desse modo, a atual codificação manteve os efeitos sucessórios da incidência da separação legal contidos no CC de 1916, no sentido de impedir a participação do ex-cônjuge sobrevivente no processo de inventário.

Conclui-se, assim, que a promulgação do atual CC promoveu a incorporação de inúmeros avanços e adequações na forma de regulação das diferentes esferas da vida privada, em relação à anterior regência normativa. Além disso, os princípios constitucionais positivados pela Constituição Federal de 1988 passaram influenciar diretamente a interpretação e a aplicação de seus dispositivos (PEREIRA, 2017, p. 33).¹⁹

Dessa forma, questiona-se se a reprodução e, conseqüentemente, a manutenção de certas normas contidas no superado CC de 1916 se revelam conflituosas, em relação à estrutura principiológica que permeia não apenas a codificação vigente, mas todo o ordenamento jurídico, ao se submeter aos ditames previstos em sua carta política.

1.3.3 Aumento da idade mínima para imposição do regime de separação obrigatória (Lei nº 12.344/2010)

O artigo 1.641 do CC de 2002, ao longo de mais de 20 anos de sua promulgação, apresentou uma única alteração redacional pouco expressiva e na contramão do posicionamento doutrinário majoritário que já sustentava a inconstitucionalidade de seu inciso segundo.

Em 09 de dezembro de 2010, por meio da aprovação do PL nº 108 de 2007, a codificação civilista foi alterada para aumentar a idade mínima de imposição do regime de separação obrigatória de bens. Passou a prever o marco de 70 anos, em substituição ao prévio limite sexagenário, para determinação da incidência obrigatória da separação de bens dos nubentes.

¹⁹ Na hermenêutica do novo Código Civil, destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado (PEREIRA, 2017, p.33).

Esse PL, de autoria da então Deputada Federal Solange Amaral, em sua exposição de motivos da propositura, foi assim justificado:

Em decorrência dos avanços da ciência e da engenharia médica, que implicou profundas transformações no campo da medicina e da genética, **o ser humano passou a desfrutar de uma nova e melhor condição de vida, resultando em uma maior longevidade.** Tais mudanças induziram o legislador a aperfeiçoar o Código Civil de 1916, por intermédio da redação que substituiu o antigo Art. 256 pelo inciso II do Art. 1.641, que trata do Regime de Bens entre os cônjuges. Tal alteração estipulou que homens e mulheres, quando maiores de 60 anos, teriam, obrigatoriamente, de casar-se segundo o Regime de Separação de Bens. **Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia.** Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos. Em virtude dessa realidade, impõe-se seja alterado o inciso II do Artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro, com o objetivo de adequá-lo a uma nova realidade, para que o Regime Obrigatório de Separação de Bens só seja exigível para pessoa maior de 70 anos. Pelas razões expostas, e por entender que esta proposição consolidará uma situação fática vivenciada por todos os brasileiros, conto com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa (AMARAL, 2007, p.2). (grifado)

Portanto, resta evidente que o legislador foi motivado exclusivamente pelo aumento da expectativa de vida do brasileiro médio, ao formular o projeto de lei que culminou no aumento da idade mínima de imposição do regime de separação obrigatória. Isso porque, nas palavras da autora do PL, a redação anterior não era mais adequada à realidade de uma população que passou a contar com melhores condições de vida.

Nesse sentido, a alteração legal não promoveu uma mudança significativa no inciso II do artigo 1.641, na medida em que apenas perpetuou a mesma concepção quanto à capacidade do indivíduo idoso, argumentando que sua higidez física e mental estaria comprometida não mais com 60 anos de idade, mas sim a partir dos 70 anos.

O processo legislativo que levou ao aumento da idade para a incidência do regime de separação legal foi marcado pela celeridade e pela carência de maiores debates acerca dos objetivos e fundamentos da proposição normativa, como será visto adiante.

1.3.4 Aplicação intertemporal do art. 1.641, inc. II do Código Civil de 2002

Conforme explicado, ainda que a separação obrigatória de bens tenha sido mantida como regime impositivo aos casamentos celebrados por indivíduos de idade avançada na transição entre as codificações civis, o limite de idade para incidência do regime patrimonial passou mudanças em 2010. Foi questionado se indivíduos que celebraram matrimônio com

idade igual ou superior a 60 anos poderiam optar pela alteração do regime de bens, tendo em vista a comentada alteração promovida pela Lei nº 12.344.

É que, ao se aumentar para 70 anos a idade sobre a qual vai incidir o inc. II do art. 1.641, defendeu-se que a modificação do regime de bens – que passou a ser uma faculdade dos nubentes, com a entrada em vigor do atual CC, desde que devidamente justificada em Juízo, conforme dispõe o art. 1.639, § 2º – poderia ser realizada em tais cenários. Ao mesmo tempo, argumentou-se que os casamentos instituídos com a regência da separação legal antes da modificação legislativa realizada não seriam passíveis de revisão, quanto ao regime patrimonial imposto, uma vez que sua contração constituiria verdadeiro ato jurídico perfeito.

Entretanto, ainda que não haja uma pacificação da temática em julgados do STJ, é possível encontrar decisões de tribunais estaduais em que a alteração do regime de bens foi admitida. A justificativa é a de que os efeitos decorrentes da mudança têm caráter *ex nunc*, de modo que o novo regime escolhido apenas passa a regular a relação matrimonial com a emissão da decisão judicial que a autorize, preservando, assim, o direito de terceiros.

Outrossim, o STJ entendeu a possibilidade de alteração do regime de bens nos casamentos celebrados sob a vigência do CC de 1916, quando considerou o art. 1.639, § 2º uma norma geral de efeitos imediatos²⁰. Esse entendimento assemelha-se à posição daqueles que admitem o afastamento da separação legal, haja vista que ambos se referem aos efeitos da nova legislação em casamentos celebrados antes da alteração normativa.

Tal compreensão, inclusive, possibilita uma interpretação mais acertada dos dispositivos do CC, ou seja, é permitida a incidência do art. 1.639, § 2º com o afastamento da causa impositiva do regime de separação obrigatória contida no art. 1.641, inc. II, e as duas normas não produzem uma antinomia no ordenamento jurídico.

²⁰ "CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL - CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea "a" para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002." (Recurso Especial nº 730.546/MG, Relator: Ministro Jorge Scartezzini, DJ: 23/08/2005) Posto isto, cumpre ressaltar que o Código Civil, em seu art. 1.639, §2º, permite a modificação do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvando-se os direitos de terceiros (STJ, 2005).

Do ponto de vista pragmático, impossibilitar a alteração do regime de bens não obstaría que os cônjuges se divorciassem, contraíssem novo casamento e optassem pelo regime de bens que melhor lhes conviesse. Na prática, isso produziria os mesmos efeitos de uma decisão que autorizasse sua modificação.

Nesse sentido, a tese adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento da Apelação Cível nº 005378-6/001 defende ser cabível a alteração do regime de bens em um casamento regido pela separação obrigatória e contraído antes do aumento da idade promovida pela Lei nº 12.344:

[...] considerando o superveniente desaparecimento da causa de adoção do regime de separação legal, conforme já exposto, há que se prevalecer a autonomia privada dos cônjuges na escolha das normas que regerão os seus bens. Por fim, insta salientar que a modificação do regime de bens do casamento pretendida não poderia implicar em risco ao direito de terceiros, porque possui efeitos jurídicos prospectivos. Neste contexto, existindo, eventualmente, créditos decorrentes de relação jurídica anterior à modificação de regime pretendida, aplicar-se-ão a eles as garantias e comunicabilidades decorrentes do regime de bens então em vigor (TJMG, 2011, p.10). (grifo nosso)

Essa análise da evolução histórica da imposição do regime de separação obrigatória para os casamentos e uniões estáveis estabelecidos entre indivíduos de idade avançada, bem como dos efeitos práticos da alteração legislativa promovida em 2010, serve de escopo à averiguação de importantes julgados, no que tange a seus reflexos na posição do Poder Judiciário quanto aos limites de aplicação do art. 1.641, inc. II. Proposições legislativas e doutrinárias e os respectivos fundamentos, ao longo dos anos, visaram à extinção da imposição do regime de separação obrigatória em razão da idade dos nubentes do ordenamento jurídico brasileiro.

2 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS: PROPOSTAS DE REVOGAÇÃO E MITIGAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Um estudo das manifestações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais que trataram da aplicação da norma em comento em necessário, tendo em vista que se busca compreender a interpretação do dispositivo normativo dada por diferentes atores que dedicados à elaboração, à aplicação e ao estudo do Direito brasileiro. Por meio das diferentes contribuições, pretende-se demonstrar que a imposição do regime de separação legal, nos termos do art. 1.641, inc. II do CC foi alvo de manifestações que evidenciaram a flagrante necessidade de revogação ou declaração de inconstitucionalidade da norma.

2.1 Enunciado 125 da Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal /Superior Tribunal de Justiça

Os enunciados formulados pelas Jornadas de Direito contam com a contribuição de detentores do conhecimento das mais diversas carreiras jurídicas e de renomados doutrinadores em sua elaboração. Eles procuram debater a interpretação e a aplicação das normas, debruçando-se sobre os limites e as intenções que os conceitos propostos pelos legisladores devem assumir.

Reconhecendo a doutrina como fonte material do direito, esses profissionais auxiliam diretamente o processo de harmonização das regras que integram o ordenamento jurídico, bem como contribuem significativamente para a atividade do parlamento, quanto à alteração de diversos dispositivos normativos. Esses normativos, uma vez debatidos e analisados, revelam-se incompatíveis com a orientação principiológica vigente ou desatualizados em relação a ela.

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão, os enunciados aprovados pelas Jornadas, ainda que não vinculem a atuação dos magistrados, constituem relevantes bases de fundamentação das decisões exaradas pelo Poder Judiciário, especialmente no que tange à atuação das cortes superiores:

O objetivo das Jornadas é a aprovação de enunciados doutrinários sobre os temas de cada comissão de trabalho, sempre tendo como pano de fundo o eixo central. Um enunciado é uma fórmula que sintetiza e apresenta à comunidade jurídica o entendimento de determinada fonte: um tribunal, um fórum de discussão, uma classe de operadores do direito. Podem ou não ter caráter vinculante, ou seja, de seguimento obrigatório pelos aplicadores do direito. No caso das Jornadas, os enunciados têm natureza doutrinária, servindo como orientação para os advogados e juízes sobre temas controvertidos. Possuem caráter persuasivo. O objetivo principal é garantir previsibilidade na aplicação das normas jurídicas, trazendo a reboque a segurança jurídica na solução das controvérsias. **Os enunciados são constantemente utilizados**

pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça – além dos demais tribunais – como fundamentação em suas decisões, o que releva a importância do evento para a evolução do direito (SALOMÃO, 2022, p.1).

A primeira Jornada de Direito Civil ocorreu nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, após a promulgação do atual CC.²¹ O então presidente do STJ e do Conselho de Justiça Federal Ministro Nilson Naves, na sessão de abertura, teceu relevantes considerações a respeito do cenário de transição entre codificações que permeava a condução dos trabalhos:

Comenta-se que o novo Diploma foi acimado de reprodução do Código de 1916, precocemente envelhecido: por não refletir as realidades da vida social moderna, especialmente no campo da família, não encarnaria um espírito novo. Em outras palavras, esquecido dos avanços da ciência, não considerou a engenharia genética, a telemática e os reflexos da rede mundial de computadores; sem grandes novidades, incorporou apenas aquelas consideradas velhas em outros sistemas jurídicos, evitando enfrentar novos problemas e preocupantes questões. [...] Vejam que notícias de novas emendas ao Código antecedem sua entrada em vigor. Já são mais de 180 contabilizadas. Somos todos favoráveis ao aperfeiçoamento, mas impede assinalar um fato nem sempre agradável e nunca desejável: o Parlamento não tem respondido com a presteza que dele se espera. Espelhem-nos na lentidão que envolve o trâmite da tão sonhada reforma do Judiciário (I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2002, p.3).

Verifica-se que o contexto dessa Jornada de Direito Civil vai ao encontro dos resultados inferidos da análise histórica empreendida anteriormente, quando buscou debater as transformações presentes na transição normativa. Criticou-se a reprodução de normas do antigo CC na atual codificação, bem como a falta de adequação normativa às mudanças sociais evidenciadas, o que pode ser observado com a propositura de numerosas emendas ao texto legal recém promulgado.

A comissão de Direito de Família e Sucessões contou com a participação de autores da área, tais como o professor Gustavo Tepedino e o Ministro do STF Luiz Edson Fachin, que abordaram diferentes temáticas relacionadas às mudanças recém incorporadas pelo CC de 2002. Após deliberação dos membros da comissão, foi proposto o Enunciado n° 125, com o seguinte objetivo e exposição de motivos:

Enunciado n. 125, da I Jornada de Direito Civil:

Proposição sobre o art. 1.641, inc. II:

Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”.

Proposta: Revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado

²¹ ”O evento teve uma organização diferenciada: os participantes foram convidados pelo Conselho, escolhidos dentre Professores de Direito Civil, juízes federais, juízes estaduais, representantes do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, por indicação do próprio Conselho ou da respectiva entidade de classe. Com isso, foi possível reunir um grupo seletivo e representativo do mundo jurídico nacional que se dedica ao estudo do Direito Civil.” Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2022/fevereiro/ix-jornada-de-direito-civil-dinamismo-das-relacoes-sociais-exige-interpretacao-atualizada-do-codigo-afirma-ministro-salomao#:~:text=O%20objetivo%20principal%20%C3%A9%20garantir,jur%C3%ADdica%20na%20solu%C3%A7%C3%A3o%20das%20controv%C3%A9rsias>. Acesso: 15/10/2023.

drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses (I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2002, p.31).

Vê-se que o enunciado implica um apelo expresso ao legislador para que promova a revogação do art. 1641, inc. II do CC. Na visão dos propositores, a imposição da separação obrigatória para os casamentos constituídos entre pessoas idosas perpetua uma visão discriminatória sobre essa parcela da população, pois estabelece uma “presunção absoluta de incapacidade” para fins de escolha do regime patrimonial no casamento.

Paralelamente, é possível observar que a fundamentação desse enunciado também aponta a expectativa de vida do brasileiro como fator de aumento, o que, como já dito, constituiu a motivação apresentada pelo legislador para tal aumento em relação à incidência da separação legal com a promulgação da Lei nº 12.344.

Entretanto, mesmo perpetrada a alteração legal, a inconstitucionalidade contida no dispositivo persiste, no que tange ao estabelecimento da presunção de incapacidade da pessoa em razão de sua idade, presunção que, aliás, é independentemente da idade indicada na legislação.

Por fim, a IX Jornada de Direito Civil, realizada em 19 e 30 de maio de 2022, aprovou o Enunciado nº 564, que prevê a validade da doação de bens entre cônjuges casados no regime de separação legal. Esse entendimento adequa-se à mudança de posição promovida pelo STJ, que passou a decidir sobre a ausência de vício na realização de negócios jurídicos, pela falta de expressa previsão legal proibitória, e sobre flagrante violação à autonomia dos casados que a manutenção de tal restrição representava (IX JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2022, p.35).²²

²² “A proposição está na linha de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que traz uma revisão da visão anterior, que entendia pela invalidade da doação entre os cônjuges no regime da separação obrigatória de bens, prevista no atual art. 1.641 do CC/2002, por suposta fraude ao regime legal. Conforme o decism, são perfeitamente válidas tais doações entre os cônjuges por três razões fundamentais. A primeira delas é que tanto o CC/1916 quanto o CC/2002 não as veda, fazendo-o apenas com relação a doações antenupciais. Por segundo, o fundamento que justificaria a restrição, presente à época em que promulgado o CC/1916, não mais se justificaria nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representa ofensa à liberdade individual. Como terceira razão, nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária (STJ, AgRg-REsp 194.325/MG, 3ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 8/2/2011, DJe 1º/4/2011). Acrescente-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado ao regime da separação obrigatória a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a comunicação dos bens havidos durante o casamento. Em havendo comunicação de alguns bens, deve-se reconhecer uma abertura na autonomia privada para as doações entre os cônjuges, pelo menos em regra, não se podendo presumir a fraude.” Justificativa do enunciado nº 564 do IX Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>

Nesse sentido, considerando a possibilidade de posterior anulação da doação por eventuais vícios comprovados em juízo, como no caso do comprometimento do consentimento do doador, não se figura razoável presumir como nulos tais negócios jurídicos pela simples celebração quando da constância do casamento regido pela separação legal de bens.

Assim, é possível notar como o STJ, ao promover a interpretação dos dispositivos contidos no CC, frente aos princípios constitucionais vigentes, afasta mais uma possível limitação decorrente do regime patrimonial imposto pela lei e antes defendida.

Conclui-se que a propositura do Enunciado n° 125 pela I Jornada de Direito Civil revela como a inconformidade de grande parte dos doutrinadores civilistas com a manutenção do regime de separação obrigatória era evidente meses após a aprovação do texto legal do atual CC e antes mesmo de sua entrada em vigor. Críticas à compulsoriedade do regime de separação de bens, em decorrência da idade dos nubentes, já haviam sido formuladas ainda na vigência do CC de 1916, defendendo que tal hipótese de limitação da autonomia do nubente idoso, incompatível com o novo plano constitucional, estaria superada com o novo Código.

2.2 Projetos de Lei que Visam à Revogação do Artigo 1.641, Inciso. II do Código Civil (PL 209/2006 e PL 470/2013)

A afronta do inciso II do art. 1.641 do Código Civil aos ditames constitucionais não encontra defensores somente na doutrina jurídica e nos demais operadores do Direito que atuam diretamente com o Direito de Família e no processo sucessório. O Poder Legislativo, estruturado em um sistema representativo, conta com representantes que atuam constantemente em defesa dos direitos e garantias da pessoa idosa. Ao longo dos anos, setores do parlamento movimentaram-se no sentido de afastar a manutenção de uma norma que, em seu entendimento, perpetua a discriminação do idoso.

Nesse sentido, os PL 209, de 2006, e o PL 470, de 2013, foram apresentados no Congresso Nacional que, refletindo o inconformismo com a imposição do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos, propuseram a revogação do referido dispositivo.

O senador José Maranhão, autor do PL 209/2006, datado de período anterior à alteração promovida pela Lei n° 12.344, destaca como a intervenção estatal nas instituições familiares, ainda que excepcionalmente admitida, é abusiva na forma como se refere a pessoas com 70 anos ou mais:

O Código Civil (CC) de 1916 estabelecia, em seu art. 258, parágrafo único, inciso II, a obrigatoriedade do regime de separação de bens para todo casamento de homem maior de sessenta ou de mulher maior de cinquenta anos. Embora o legislador do novo

Código tenha se dedicado a promover, sob esse aspecto, a igualdade substancial entre o homem e a mulher, ao determinar uma idade comum a ambos a partir da qual passa a valer condicionalmente, logrou atrair, em contrapartida, críticas severas de diversos juristas e magistrados. Eles consideram **tal imposição de regime de bens não apenas uma intervenção estatal abusiva na instituição familiar, como também uma evidente violação, de caráter discriminatório, do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra consubstanciado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal (CF). Ademais, tem-se arguido afronta também a outros dispositivos constitucionais, a saber: ao art. 5º, incisos I e X, e ao art. 226, do qual emerge o princípio de constituir entidade familiar. [...] a doutrinadora Silmara Juny Chinelato expõe argumentos contundentes. Ela sustenta que não há razão científica para que o legislador do início do milênio considere como pessoa de pouco tempo, por isso, com necessidade de proteção da lei, a que tiver mais de sessenta anos. Longe disso, tais pessoas aportariam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir por si mesmas. Entender que a velhice chega aos sessenta anos seria, assim, uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade pode ser arguida tanto em ação direta de inconstitucionalidade como em cada caso concreto. Analogamente, **a plena capacidade mental deveria ser aferida em cada caso particular, não podendo a lei presumi-la por capricho do legislador, que meramente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.** A jurista conclui seu arrazoado lembrando que a vida prática nos dá incontáveis exemplos de pessoas de mais alto discernimento que ultrapassaram os sessenta anos de idade, entre elas incluídos muitos juízes e desembargadores que julgarão causas que envolvam, direta ou indiretamente o inciso II do art. 1.641 do CC. Não posso me furtar de acrescentar que tal observação pode bem ser estendida a muitos dos parlamentares que deverão apreciar este projeto. Depreende-se, portanto, que as causas mais relevantes para a mudança do inciso II do art. 1.641 do Código Civil possuem sede constitucional. **Supor, de modo apriorístico, que a pessoa, por ter atingido determinada idade – seja qual for -, tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, implica incorrer em patente discriminação, bem assim em ofensa ao princípio da dignidade humana.** E, para harmonizar a legislação infraconstitucional com os preceitos constitucionais, cremos inarredável a revogação do inciso II do art. 1.641. Pelas razões expendidas, contamos com a colaboração dos ilustres Pares para a aprovação deste projeto de lei (PL 209, 2006, p.1,2). (grifo nosso)**

Destaca-se que a justificativa desse PL tem como principal fundamento a inconstitucionalidade do dispositivo normativo que se pretende revogar. É que os parlamentares não estão limitados à análise quanto à constitucionalidade da norma para propor a revogação da legislação vigente e podem formular proposituras que atendam ao interesse público ou até mesmo que reflitam as vontades da base eleitoral que representam.

Entretanto, ainda que o papel de controle repressivo da constitucionalidade das leis seja exercido primordialmente pelo Poder Judiciário, vale defender que o parlamento, diante da constatação da ofensa à Constituição Federal, decida eliminar determinado dispositivo do ordenamento jurídico. Outrossim, ainda que o PL 209/2006 tenha sido apresentado antes do aumento da faixa etária para imposição da separação legal, a exposição de motivos é incisiva ao expressar que o julgamento prévio sobre capacidade de um indivíduo, com base apenas em sua idade, revela-se discriminatório e atentatório ao princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente do limite etário imposto pelo legislador.

Portanto, em oposição à presunção genérica e absoluta instituída pela norma, o parlamentar propõe que a análise da capacidade do nubente seja promovida em cada caso concreto, quando presentes elementos que possam indicar eventual comprometimento do domínio de suas faculdades mentais. Esse entendimento é compartilhado pelos doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da norma.

O PL 209/2006 foi arquivado em 2011, mas contou com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, a qual reiterou o caráter discriminatório da imposição do regime de separação obrigatória de bens, fundado exclusivamente na idade dos nubentes:

A análise de mérito é favorável à proposição, porquanto não faz sentido, nos dias atuais, fixar-se a obrigatoriedade de regime de separação de bens para pessoas maiores de sessenta anos, repetindo norma desatualizada, colhida das Ordenações do Reino. Certo é que, no início do século passado, a média de idade do brasileiro pouco ultrapassava a cinquenta anos e muitas das pessoas acima dessa idade eram consideradas senis. Reformulada a sociedade, os valores e as condições de vida, **a regra quinhentista deve ser expurgada do ordenamento jurídico brasileiro que, nos dias atuais, constitucionalmente se rege pelo princípio da igualdade, sem discriminação de qualquer natureza. Ademais, é flagrante o paradoxo positivado no Código Civil, de assegurar o direito de escolha do regime de bens no casamento e, simultaneamente, sem critério plausível, retirar essa liberdade aos maiores de sessenta anos, outorgando-lhes, em lugar do livre arbítrio, uma tutela indevida que lhes nega a capacidade de discernimento.** Hoje, homens e mulheres maiores de sessenta anos orientam a economia e decidem os destinos da sociedade. Não é aceitável que tenham tanta responsabilidade e sejam impedidos de escolher o próprio regime de bens (CCJ, 2006, p.1). (grifo nosso)

Conforme observado, o aumento da expectativa de vida novamente aparece como motivação para a superação do antigo patamar etário estabelecido pelo Código Civil. Todavia, a comissão também ressaltou a violação ao princípio da igualdade em relação aos indivíduos idosos, contida no caráter discriminatório da norma, bem como a ofensa ao direito de liberdade, materializada na impossibilidade de escolha do regime patrimonial.

Por sua vez, o PL 470 de 2013, de autoria da Senadora Lídice da Mata, popularmente conhecido como “Estatuto das Famílias”, propõe uma reestruturação significativa e detalhada das normas referentes ao Direito de Família; significativa porque dispõe sobre uma variedade de alterações no CC e em outras leis especiais. O PL conta com apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e possui como fundamento a constatação de que, na visão dos propositores, “a doutrina especializada já demonstrou a inadequação da nova roupagem e a inaptidão de muitos institutos jurídicos, o que tem gerado intensas controvérsias e enormes dificuldades em sua aplicação pelo Poder Judiciário” (PL 470, 2013, p.68).

Neste trabalho, em vista de seu objeto, limita-se a análise às considerações referentes à revogação do inciso II, art. 1.641 do CC de 2002. Nesse sentido, o PL 470 defende que "por

seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula nº 377 do STF já tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial” (PL 470, 2013, p.69).

Assim, depreende-se que esse PL, ainda que de forma sucinta, aponta dois diferentes fundamentos para a remoção do regime de separação obrigatória do ordenamento jurídico brasileiro: a natureza discriminatória do instituto, contida na exposição de motivos do PL 209/2006, e o cerne das razões formuladas pelos principais doutrinadores favoráveis à sua revogação ou declaração de inconstitucionalidade.

Do ponto de vista pragmático, o PL faz referência ao entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 377 do STF que passou a viabilizar a partilha de bens na constância do casamento celebrado na imposição do regime de separação legal, desde que comprovado o esforço comum dos cônjuges, como se pretende explicitar em capítulo próprio.

Dessa maneira, revogar o inciso II, art. 1.641 do CC de 2002 não só representaria uma necessidade jurídico-normativa frente à flagrante inconstitucionalidade identificada, como também levaria à supressão de um instituto que, na prática, foi em grande parte superado pela consolidação da jurisprudência firmada pela corte constitucional.

Em contrapartida, a abrangência e variedade de temas abarcados pelo PL, que constitui um verdadeiro Estatuto, dificulta a celeridade do processo legislativo, tendo em vista a demora na completa deliberação do vasto conjunto de dispositivos. Além disso, ainda que seja possível reunir parlamentares com opiniões favoráveis à revogação do art. 1.641, inc. II, tal conformidade não se reproduz quanto à totalidade dos artigos que integram o PL.

Nesse sentido, a despeito da não aprovação pelo Congresso Nacional dos PL referidos, as justificativas exaradas pelos autores das proposições não deixam de reunir importantes fundamentos que não devem ser desconsiderados, uma vez que contaram com o apoio de renomados doutrinadores defensores do caráter inconstitucional da norma.

2.3 Súmula nº 377 do STF: Comprovação do Esforço Comum como Forma de Garantir o Direito à Meação

O completo isolamento dos bens adquiridos na constância do casamento, em decorrência da imposição do regime de separação obrigatória, não era alvo de críticas somente do ponto de vista discriminatório para com o nubente idoso.

No desenvolvimento da relação conjugal, o arcabouço patrimonial construído pelo casal, em quase a totalidade dos casos, conta com a destinação de esforços e de recursos por

parte de ambos os cônjuges. Além do dever legal de contribuir para as despesas comuns, o que se aplica independentemente do regime patrimonial incidente (art. 1.688 do CC), o interesse na aquisição de novos bens é comum aos nubentes que pretendem se casar.

Desse modo, o impedimento da comunicação dos bens, promovido durante a divisão do capital no processo de divórcio foi, em muitos casos, alvo de discussões judiciais decorrentes da indignação das partes prejudicadas, que recorrem aos tribunais superiores alegando violação aos preceitos constitucionais e até divergência na interpretação dos dispositivos contidos no CC.

Em sessão plenária ocorrida em 03 de abril de 1964, o STF aprovou o enunciado da Súmula nº 377, que passou a permitir a comunicação dos bens para fins de meação, conforme preceitua: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” Sendo assim, o entendimento da Suprema Corte compartilhou da visão doutrinária segundo a qual a aplicação irrestrita dos efeitos do regime de separação legal representaria uma forma de se viabilizar o enriquecimento ilícito em favor do cônjuge que detém a titularidade formal dos bens angariados na constância do matrimônio. Isso porque, em decorrência da lei, a dedicação empreendida pelos consortes em sua incorporação seria indiferente para fins de divisão patrimonial com a extinção do casamento, destinando-se integralmente os bens em favor do proprietário.

Conforme já exposto, o regime de separação obrigatória de bens estava previsto na antiga codificação civil, em seu art. 258, parágrafo único, inc. II, aplicando-se a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento quando celebrado por homem maior de 60 ou mulher maior de 57 anos.

O julgamento dos Embargos Infringentes no Recurso Extraordinário Nº 8.984, em 8 de novembro de 1948, constituiu um dos precedentes que levaram à edição da Súmula nº 377 pela Corte Constitucional, oportunidade em que fixou a seguinte tese: “O regime legal da separação patrimonial não proíbe que os cônjuges se associem, e reúnam os bens adquiridos por sua atividade comum” (STF, 1948).

O então Ministro da Suprema Corte Abner Vasconcelos, ao votar pela rejeição dos embargos, pontuou que o papel do Poder Judiciário não se limita à mera aplicação das leis, em um processo de estrita subsunção; ele envolve o compromisso com a materialização da justiça quando da prestação jurisdicional nos casos a ele submetidos:

Entendo que a realização do Direito pelos tribunais não é obra exclusiva decorrente da aplicação das leis. Sofre também a influência benéfica dos estímulos da justiça e dos preceitos superiores da ética. Ora, nada melhor nem mais adequado que o emprego desses fatores do direito no caso da comunicabilidade dos

aquestos no regime de casamento, em que há separação de bens. **‘Desde que a comunicação não foi expressamente proibida, mandam os princípios de justiça, assim como os preceitos de ordem moral, que se dê - sobretudo à mulher que é a parte frágil na sociedade conjugal – o direito de participar dos frutos das economias do casal, para as quais, muitas vezes, senão quase sempre, ela concorre com o seu esforço, com a sua experiência e com a sua eficiente assistência ao marido. Proibir, pela exegese do art. 259 do Código Civil, o direito de participação da mulher na comunhão dos aquestos, é faltar, a meu ver, a data vênica dos que pensam de modo contrário, a esse sentimento de justiça, à realidade de uma contribuição que tem todo valor econômico.** Em trabalho de doutrina que publiquei, anos atrás, na “Revista da Crítica Judiciária”, exatamente sob o título “Da comunicação dos Aquestos”[...] já me filiava a essa doutrina, que ora exponho, e que, ao mesmo tempo, o que jurídica, é justa e moralizadora. Com estas palavras e coerente com antigo ponto de vista doutrinário, desprezo os embargos, de acordo com o eminente Sr. Ministro Revisor (STF, 1948, p.11). (grifo nosso)

Assim, partindo de uma interpretação sistemática do CC de 1916, o colegiado do STF entendeu que, na ausência de opção expressa contida no pacto antenupcial pela separação de bens, aplica-se o art. 259 no âmbito dos casamentos celebrados com imposição do regime de separação legal, segundo o qual “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Nota-se, inclusive, no voto do Ministro, que o auxílio promovido pela esposa na relação conjugal foi ressaltado, destacando-se que ele não se reduz às contribuições de caráter meramente econômico, mas sim ao conjunto de atos assistenciais sem os quais o sucesso patrimonial do casamento não teria sido viabilizado.

Transcorridos mais de 38 anos da edição da Súmula N° 377 até a promulgação do atual CC em 2002, muito se indagou quanto à manutenção da vigência do enunciado no atual ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista sua influência direta na interpretação jurisprudencial das disposições contidas no antigo CC.

Nesse sentido, diferentes julgados do STJ reforçaram o entendimento sumulado nos dias atuais, possibilitando o direito à meação para cônjuges casados na forma do inciso II do art. 1.641 do CC de 2002.

Doutrinadores, a exemplo de Francisco Cahali, defendem o cancelamento da Súmula n° 377. Em artigo publicado na 76ª edição da “Revista do Advogado”, ele afirma: “[...] pela análise global das regras propostas no novo Código, a Súmula n 377 não sobrevive, impedindo a aplicação dos princípios da comunhão quando imposta a separação obrigatória nos casamentos realizados a partir da vigência do Código de 2002” (CAHALI, 2004, p. 27).

O principal argumento do autor, bem como daqueles igualmente contrários à permanência da Súmula n° 377, cinge-se à não reprodução do art. 259 do CC de 1916 no CC

de 2002. É que, conforme mencionado, a edição da decisão judicial sumulada consubstanciou-se na interpretação da aplicação de dispositivos revogados pela nova codificação.

Cahali posicionava-se contra a incidência do art. 259 ainda quando da vigência do CC de 1916, uma vez que, em sua visão, tal interpretação implicaria um absurdo, ao se admitir, na prática, a materialização dos efeitos da comunhão parcial de bens ao regime de separação obrigatória.

Em contrapartida, a jurisprudência majoritária vem se manifestando pelo não cancelamento da Súmula n° 377 com a entrada em vigor da atual codificação civil, como se verifica nos julgados do STF, nos quais sua aplicação foi promovida para fins de garantir a divisão patrimonial.

Como consequência direta da permanência da Súmula n° 377, o Poder Judiciário entende ser possível, por meio de previsão expressa em pacto nupcial, o afastamento de seus efeitos, conforme se vê no Informativo n° 723 do STJ:

União estável. Separação obrigatória de bens. Companheiro maior de 70 anos. Pacto antenupcial afastando a incidência da súmula n. 377 do STF, impedindo comunhão de aquestos adquiridos onerosamente na constância da convivência. Possibilidade. Meação de bens da companheira. Inocorrência. Sucessão de bens. Companheira na condição de herdeira. Impossibilidade (STJ, 2022).

Ocorre que, uma vez admitida a aplicação da Súmula N° 377, nova controvérsia nasce, quanto à necessidade de comprovação do esforço comum como requisito para a partilha dos bens. Isso porque o enunciado sumulado apenas afirma que a comunicabilidade do acervo patrimonial não fica afastada no momento de realização da meação, mas não faz menção a qualquer ônus probatório pelo cônjuge ao manifestar-se no processo de divórcio

No âmbito do STJ, é possível encontrar decisões nos dois sentidos, ou seja, ora afastando o dever de prova do esforço comum, ora atribuindo a esse o status de encargo necessário para o ex-cônjuge que pretende fruir da meação. Todavia, a Corte Superior, por meio de recente julgamento realizado em novembro de 2022, editou a Súmula n° 655, segundo a qual “aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum” (STJ, 2022).

Por fim, destaca-se que a repercussão da Súmula n° 377 restringe-se aos institutos jurídicos previstos pelo Direito de Família, afastando sua incidência nas regras sucessórias para permitir o direito à concorrência do cônjuge:

Acrescente-se, pois necessário afastar muitas dúvidas que surgem sobre o tema, que a aplicação do conteúdo da Súmula n. 377 do STF – que prevê a comunicação dos bens havidos durante o casamento (ou na união estável) –, não repercute na sucessão, pois pertinente apenas quanto ao regime de bens. A norma é clara em afastar a

concorrência sucessória do cônjuge (ou companheiro) com os descendentes em casos tais (TARTUCE, 2021, p. 2568.)

Conclui-se que a edição da Súmula n° 377, ainda sob a vigência do antigo CC, decorreu da necessidade de intervenção do Poder Judiciário na mitigação dos efeitos da aplicação do regime de separação legal.

Nesse sentido, permitir que o cônjuge casado com pessoa idosa ficasse impedido de fruir dos bens, com cuja aquisição colaborou na constância do casamento, representaria uma medida de expressiva injustiça, capaz de garantir, em plena conformidade com a lei, o enriquecimento ilícito do consorte beneficiado. Esse entendimento, após anos de defesa doutrinária, passou a ser reconhecido pela da Suprema Corte.

Outrossim, promover a incomunicabilidade dos bens na constância dos casamentos e das uniões estáveis não constitui uma medida discriminatória apenas em relação ao idoso, mas também para com todo aquele que com ele pretenda se relacionar, conforme será discutido adiante.

Da mesma forma, a obrigatoriedade de comprovação do esforço comum, nos termos do atual entendimento do STJ, demonstra que a aplicação da Súmula n° 377 não implica incidência dos mesmos efeitos jurídicos contidos no regime de comunhão parcial em sobreposição às regras que regulam a separação legal de bens. Assim, por mais que as consequências práticas da aplicabilidade do enunciado sumulado sejam elogiáveis, a inconstitucionalidade da norma que retira dos nubentes a opção de escolha do regime patrimonial e lhes impõe uma condição desfavorável permanece uma realidade.

2.4 União Estável Precedente ao Casamento: não Incidência do Regime de Separação Legal

A incidência do art. 1.641, inc. II do CC aos casamentos contraídos por indivíduos com mais de 70 anos encontrou, ao longo dos anos, outra limitação que passou a ser defendida por alguns doutrinadores e, posteriormente, obteve o reconhecimento por parte do Poder Judiciário. Trata-se da não aplicação do regime de separação obrigatória de bens para casamentos celebrados por indivíduos que atingiram a faixa etária indicada pelo inciso, mas que foram precedidos de uniões estáveis iniciadas antes dos 70 anos de idade.

O Enunciado n° 261, fruto da III Jornada de Direito Civil no ano 2005, materializou o entendimento doutrinário com a seguinte proposição que restou aprovada: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o

casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade” (III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2005, p.64).

Verifica-se na justificativa do então Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3 Região Luís Paulo Cotrim Guimarães, proponente do enunciado em apreço, que a facilitação da conversão da união estável em casamento, como um dos princípios constitucionais assegurados ao tratamento das relações familiares (art. 226, § 3º), permite aos companheiros que pretendem tornar-se cônjuges a manutenção do regime patrimonial que já perdurava:

O mencionado inciso II do art. 1.641, cuja prescrição constou da redação original do projeto do Código, tendo sido posteriormente mantida, foi justificado pelo Sen. Josaphat Marinho como uma forma de “prudência legislativa” em favor das pessoas e de suas respectivas famílias, levando em consideração, particularmente, a idade dos nubentes no momento da celebração do casamento. Entretanto, não se justifica a imposição do regime da separação obrigatória na circunstância legal ora tratada, ou seja, quando o nubente, maior de sessenta anos, pretender efetivar a conversão da união estável em matrimônio. **A facilitação dessa conversão em casamento é matéria constitucional, assim tratada no art. 226, § 3º, da Carta Política, não podendo a lei ordinária, destarte, impor aos nubentes uma circunstância mais desfavorável e prejudicial em relação àquela que vivenciaram, como é o caso da imposição do regime da separação de bens.** Efetivamente, com o advento da Lei n. 9.278/96, passou nosso sistema jurídico a contemplar as regras do regime da comunhão parcial de bens nas uniões estáveis, o que é facilmente dedutível pela redação do art. 5º, ao tratar do condomínio formado em função de bens – móveis e imóveis – adquiridos na constância da mencionada união. **Desta feita, caso os nubentes pretendam a conversão da união estável em casamento, cuja convivência tenha sido pautada por um condomínio patrimonial de natureza legal, não poderiam, neste momento, sofrer a imposição de um regime diverso do anteriormente vivenciado, sob flagrante situação de lesividade.** Assim, somente por meio da concordância expressa de ambos os nubentes seria possível a adoção do regime da separação de bens, e, mesmo assim, após a certificação, pelo magistrado, de que estariam ressalvados os direitos de terceiros. **Portanto, a situação normal seria o prosseguimento das relações patrimoniais antes firmadas, circunstância essa de interesse de toda a sociedade.** Na existência de contrato escrito, estipulando regime patrimonial diverso do previsto em lei, serão observadas, na conversão em casamento, as mesmas regras antes firmadas consensualmente (III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2005, p.357). (grifo nosso)

Nesse sentido, ao considerar a aplicação do regime de separação legal como uma situação desfavorável – o que de fato é, tendo em vista que limita o exercício dos direitos civis –, os companheiros que ultrapassassem a idade de 70 anos estariam desestimulados a converter a união formada em casamento.

Ademais, considerando o desenvolvimento das relações patrimoniais estabelecidas durante a união estável, o proponente entende que a alteração do regime de bens poderia gerar prejuízos a terceiros que delas participaram, razão pela qual a conservação da regência patrimonial é benéfica não apenas aos futuros cônjuges, como também a toda sociedade.

O STJ, em 2011, no julgamento do Recurso Especial nº 918.643/RS, confirmou a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a

qual afastou a imposição do regime de separação legal fundamentando o teor decisório no fato de, no caso concreto, a união estável ter sido iniciada muitos anos antes do casamento.

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÕES FEITAS PELO CÔNJUGE VARÃO, FALECIDO, EM NOME DE SUA ESPOSA. MORTE DO VARÃO SEM DEIXAR PATRIMÔNIO. INVASÃO DA LEGÍTIMA. RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO. (...) O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento (STJ, 2011, p.2).

A interpretação do STJ, filiando-se à posição doutrinária, reconhece no conteúdo da norma a flagrante inconstitucionalidade no tratamento conferido aos nubentes idosos. Porém, ante à impossibilidade de manifestação dessa corte sobre constitucionalidade do normativo, busca, ao menos, reduzir outras limitações à autonomia dos cônjuges, possivelmente associadas à sua aplicação (TARTUCE, 2016, p. 146, 147).²³

No bojo do processo em comento, os recorrentes sustentaram a não recepção da norma contida no CC de 1916 que determinava a aplicação do regime de separação obrigatória para homens maiores de 60 e mulheres com idade superior a 57 anos, ainda que a decisão da corte tenha se valido de argumentos diversos.

Conforme já visto, o STJ, ao ser incitado a uniformizar a interpretação da lei federal, deparou-se com diferentes situações jurídicas, decorrentes da incidência do art. 1.641, inc. II do CC, conforme observado na jurisprudência explicitada, que reconheceu a validade das doações realizadas entre cônjuges cujo casamento rege-se pela separação obrigatória.

Entretanto, ainda que positivas, essas decisões judiciais não são capazes de eliminar por completo a norma, o que somente se torna possível com sua elisão do ordenamento jurídico, seja por meio de sua revogação, seja pela declaração de sua inconstitucionalidade por meio do exercício do controle concentrado pelo STF.

2.5 Tema 1236: Questionamento da Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal

A discussão quanto à compatibilidade do instituto da imposição do regime de separação obrigatória de bens por razões exclusivamente etárias em relação aos princípios constitucionais,

²³ Sobre o julgamento do STJ: “O principal argumento para se filiar ao enunciado é justamente a inconstitucionalidade do inciso II do dispositivo em comento. Se o preceito não é inconstitucional, ao menos que se dê um mínimo de eficácia social à norma, por sua flagrante injustiça” (TARTUCE, 2016, p. 146-147).

além das proposições legislativas e doutrinária apresentadas, encontrou recentemente no Poder Judiciário seu mais relevante destaque, desde sua reprodução no atual CC, na atuação do órgão máximo responsável pela guarda da Constituição Federal. Em 29 de setembro de 2022, o STF, por meio de voto favorável da maioria do colegiado e vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a repercussão geral do ARE 1.309.642/SP. De forma incidental, esse Recurso Extraordinário com Agravo debateu a inconstitucionalidade da norma que impõe o regime de separação obrigatória para os casamentos celebrados por septuagenários. O caso concreto envolvia a discussão da garantia de participação no processo de inventário instaurado após a morte do companheiro, cuja união estável fora reconhecida como constituída após os 70 anos de idade do falecido.

Conforme mencionado, o Direito Sucessório concentra a maioria da carga de litigiosidade dentro dos tribunais estaduais, no que diz respeito à constitucionalidade do inc. II do art. 1641 do CC, uma vez que afasta a aplicação da Súmula nº 377 e, assim, qualquer forma de participação do cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Com isso, a irresignação daqueles que constituíram casamentos e uniões estáveis com indivíduos de idade igual ou superior a 70 anos é expressa por meio de diferentes processos judiciais, nos quais a aplicação do regime de separação legal foi promovida nos termos da lei.

Entretanto, a situação fática referente ao ARE 1.309.642/SP, após o manejo dos instrumentos recursais cabíveis, possibilitou a apreciação da temática pelo STF, razão pela qual é necessário perpassar os respectivos andamentos processuais, ressaltando os principais pontos formulados pelas partes do litígio.

Ajuizada a ação de inventário, o Juízo de primeiro grau determinou a intimação da inventariante, filha do falecido, para apresentação do plano de partilha, considerando a existência de companheira, herdeiros e legatários. Todavia, foram opostos embargos de declaração, alegando-se omissão e contradição na análise do regime de bens aplicável à união estável findada. É que, nas palavras da embargante, o regime de separação obrigatória de bens, incidente sobre o caso concreto, afastaria a necessidade de inclusão da companheira no plano de partilha, já que sua participação na divisão sucessória dos bens do de cujus seria afastada.

O juízo de primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento dos embargos opostos, declarou de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

(...) sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e

para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação. Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos (...) (STF, 2022, p.227) (grifo nosso)

O magistrado alegou violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em decorrência da aplicação do regime de separação obrigatória no caso em apreço. A decisão fez menção à capacidade de fato da pessoa idosa para o exercício dos atos da vida civil, entre os quais a opção pelo regime patrimonial de seu casamento, evidenciado sua plenitude e robustez.

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade foi promovida de ofício pelo órgão julgador, quando da apreciação dos embargos de declaração opostos, prática reconhecidamente admitida no âmbito do controle difuso. A flagrante violação aos dispositivos contidos na Constituição federal, na visão do juiz estadual, revela a chamada inconstitucionalidade “chapada” ou evidente da norma, razão pela qual a atuação do magistrado ocorreu sem necessidade de provocação e antes mesmo do ingresso da parte prejudicada nos autos.

Outrossim, os embargantes afirmaram que a imposição do regime de separação legal recairia somente sobre os casamentos, de modo que não caberia ao Poder Judiciário valer-se de interpretação extensiva na aplicação de uma norma que promove a restrição de direitos. Todavia, conforme já referido, a aplicação do art. 1.641, inc. II do CC sobre as uniões estáveis foi reconhecida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 646.259.

Portanto, ainda que o Tribunal Superior não tenha sedimentado tal entendimento por meio da edição de uma súmula, os tribunais estaduais devem seguir o entendimento daquele, com o fim de materializar a uniformização das decisões em nível nacional, bem pela declaração de inconstitucionalidade na distinção entre regimes sucessórios evidenciada no Tema 809 de repercussão geral.

Julgados parcialmente procedentes os embargos opostos, por meio da interposição do recurso de Agravo de Instrumento e irrisignada com a decisão de piso, a agravante, filha do falecido, provocou o tribunal, buscando o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo normativo atacado, para se promover tão somente a divisão dos bens adquiridos na constância da união estável a título de meação, por força da aplicação da Súmula nº 377.

O TJSP, por meio de decisão proferida pelo Desembargador relator, reproduziu a instituição da separação obrigatória nos termos do inc. II, art. 1.641 em desfavor do nubente, afirmando que as relações conjugais instituídas com indivíduos de idade avançada decorrem de interesses exclusivamente patrimoniais: “[...] a intenção do legislador, ao restringir a autonomia da vontade, foi de justamente proteger a pessoa do idoso e seus herdeiros necessários de

casamentos realizados única e exclusivamente por interesses econômico-patrimoniais. Isso nada tem de irregular” (STF, 2022, p.250).

Desse modo, para fins de questionamento nos termos da súmula nº 98 do STJ, a autora da ação de inventário opôs embargos de declaração, sustentando a manutenção da decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau ao defender, tendo como base posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, a inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II do CC. Uma vez rejeitados os embargos, foi interposto um Recurso Extraordinário conjuntamente ao Recurso Especial em face do acórdão proferido pelo tribunal estadual, visando não apenas à apreciação do tema pelos tribunais superiores, mas também à garantia de materialização do direito da recorrente, qual seja, a participação no inventário do de cujus pela recorrente.

Todavia, não admitido o REsp pelo STJ, bem como não conhecido o agravo em face da não admissão, a controvérsia seguiu para apreciação do STF, por meio do julgamento do agravo em Recurso Extraordinário interposto. Na distribuição, o feito coube ao Ministro Luís Roberto Barroso. Neste momento, consta do sítio do STF que os autos se encontram conclusos ao relator e não há data marcada para a realização da sessão de julgamento, estando ainda pendente a posição dessa corte quanto à constitucionalidade do dispositivo normativo impugnado.

Entretanto, é possível verificar, nas diversas manifestações contidas nos autos, argumentos favoráveis e argumentos contrários à inconstitucionalidade do art. 1641, inc. II do CC. Eles contribuem para aprofundar o debate referente à violação dos preceitos constitucionais e certamente serão apreciados, quando da deliberação da matéria pelos magistrados.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), intimada a apresentar parecer no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário, procurou analisar a compatibilidade da norma frente a um suposto conflito entre o princípio constitucional da igualdade e o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa idosa na legislação brasileira. Para esse órgão ministerial, cabe ao Estado, no exercício do poder regulatório, editar normas que promovam cuidados diferenciados a determinadas parcelas da sociedade, visando garantir a chamada igualdade material em oposição ao mero formalismo perpetuado por meio de tratamentos unitários.

A PGR argumentou que a população idosa, que constitui uma minoria, encontra-se em uma posição vulnerável quando comparada com os demais indivíduos, o que justifica a instituição de uma especial proteção por parte do Poder Público.

Outrossim, ao traçar um panorama histórico da legislação civil, a PGR expôs os motivos que, em sua visão, levaram à imposição da separação obrigatória de bens, em casamentos

celebrados por cidadãos com a idade prevista em lei, evidenciando novamente a presunção de que tais matrimônios decorrem de interesses patrimoniais:

É certo que o intuito do regime de separação obrigatória, e a sua manutenção em 2002, foi o de desestimular casamentos evitados da intenção de enriquecimento ilícito, bem como o de preservar tanto o bem-estar de indivíduos em condições vulneráveis quanto o patrimônio de seus herdeiros (PGR, 2023, p.1013).

Por fim, vê-se que o parecer exarado pelo Ministério Público tem enfoque patrimonialista, uma vez que defende a proteção do direito à propriedade e à herança como fundamentos da imposição da separação legal de bens e ressalta a necessidade de preservação do direito dos sucessores de usufruírem do acervo patrimonial da pessoa idosa falecida.

Desse modo, argumenta-se que a autonomia privada da pessoa idosa, externalizada pela possibilidade de livremente escolher o regime de bens aplicável a seu casamento, deve ser limitada a fim de assegurar sua proteção como indivíduo vulnerável. Se diferente for, nas palavras do órgão ministerial, pode haver “consequências ruinosas ao cônjuge idoso, na hipótese de dissolução intervivos da sociedade conjugal, ou aos seus filhos, no caso de dissolução causa mortis” (PGR, 2023, p.1019).

Em vista disso, o Procurador-Geral da República Augusto Aras manifestou-se pela constitucionalidade do art. 1.641, inc. II do CC e pelo não provimento do Recurso Extraordinário:

(...) o art. 1.641, II, do Código Civil conforma-se com a ordem jurídico-constitucional, porque (i) a CF prevê diferenças etárias; (ii) é constitucionalmente possível ao estado regular relações privadas; (iii) a pessoa idosa merece atenção estatal e é sujeito de direitos na acepção de relativamente vulnerável; (iv) houve justificativa plausível na criação e manutenção do regime diferenciado, assegurando o direito à propriedade da pessoa idosa e à herança por seus herdeiros; (v) a contemporaneidade democrática pela escolha do legislador federal também é fator de validade; e (vi) há resguardo à autonomia de vontade (PGR, 2023, p.1020).

O recorrente, por sua vez, argumentou que, ao se presumir de forma absoluta a incapacidade de maiores de 70 anos para decidir sobre o regime patrimonial aplicável às uniões familiares que contraírem, a regra interfere na autonomia privada de forma abusiva e indevida, ofendendo um princípio que integra o conteúdo mínimo da dignidade humana (art. 1º, III da Constituição).

O IBDFAM, o MP de São Paulo, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e a Defensoria Pública da União (DPU) apresentaram requerimentos de manifestação nos autos, na qualidade de *amicus curiae*, os quais foram deferidos pelo Ministro Relator. Enquanto o IBDFAM, o MPSP, o IAB e a DPU se manifestaram pela inconstitucionalidade da norma, a ADFAS, de forma isolada, opinou pela sua constitucionalidade.

Nos fundamentos das petições em prol da inconstitucionalidade da imposição da separação obrigatória, criticou-se a reinserção da regra contida no CC de 1916 na atual codificação, tendo em vista sua incompatibilidade em relação à atual Constituição, e que o CC promoveu uma interdição parcial da pessoa com mais de 70 anos para escolha do regime patrimonial de seu casamento, ao estabelecer uma presunção absoluta de incapacidade que atinge tão somente o referido ato relativo ao instituto matrimonial. Alegou-se que a norma viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assim como ofende os preceitos voltados à não discriminação e à preservação da autonomia do idoso, assegurados no plano infraconstitucional pelo Estatuto da Pessoa Idosa.

Já os argumentos da ADFAS, defensora da constitucionalidade, ressaltaram que o objetivo do legislador foi garantir a proteção à pessoa idosa que se torna alvo de indivíduos que buscam vantagens financeiras com o estabelecimento de relações familiares. Indivíduos com idade igual ou superior a 70 anos, presumidamente, não mais exercem atividades laborativas e, assim, não haverá nenhuma nova construção patrimonial após a celebração do matrimônio. Apontaram que a incidência dos regimes patrimoniais diversos, como no caso da comunhão parcial ou total de bens, reduz de forma ainda mais gravosa a autonomia patrimonial dos cônjuges para a realização de diversos atos, os quais passam a exigir o consentimento do consorte por meio da outorga conjugal.

Nesse sentido, ainda que não se negue a veracidade dessas alegações, tais restrições, independentemente da idade dos nubentes, são por eles reconhecidas e aceitas no momento em que decidem optar pelo regime que irá regular o casamento. Ainda que a separação legal seja capaz de conferir aos cônjuges maior liberdade na disposição de seu patrimônio, o respeito à autonomia privada deve garantir aos indivíduos a possibilidade de escolha.

Por fim, em sessão plenária realizada em 18 de outubro deste ano, foram colhidas as sustentações orais dos recorridos, dos recorrentes e dos *amici curiae*, dispensando-se a fala da PGR. O conteúdo dessas exposições constou, em grande parte, de reprodução das razões já expostas e comentadas. Só o MPSP reforçou a feição discriminatória para com o idoso, decorrente da aplicação de uma regra excessiva, inadequada e desproporcional.

Em outra perspectiva, nos posicionamentos da instituição ministerial, viu-se flagrante divergência entre os níveis estadual e federal quanto à constitucionalidade da norma, especialmente enfatizando-se a proteção ao idoso como justificativa para a manutenção do dispositivo.

Conclui-se que os argumentos das manifestações das entidades admitidas como *amicus curiae*, seja em defesa da inconstitucionalidade da norma, seja no sentido de sustentar sua harmonia com os preceitos constitucionais, concentraram, preponderantemente, opiniões de diversos doutrinadores. Esses, ao tratar das regras que regem o Direito de Família e Sucessões, questionaram as intenções que levaram o legislador a instituir a imposição do regime de separação obrigatória.

Conforme verificado nos posicionamentos doutrinários sedimentados pelas Jornadas de Direito Civil ao longo dos anos que se seguiram à promulgação do CC de 2002, a reprodução da regra sob análise foi alvo de críticas desde o momento de aprovação de sua redação originária.

Da mesma forma, os projetos de lei que possuem como objeto a revogação do referido dispositivo revelam que a insatisfação quanto à restrição da autonomia privada foi reconhecida por representantes eleitos que atuam em defesa dos direitos fundamentais relativos à parcela idosa da população.

Por fim, julgados das cortes superiores que se defrontam com as restrições advindas da observância da norma de separação legal demonstram como o Poder Judiciário tem caminhado para mitigar os efeitos de uma norma de caráter restritivo.

A compatibilidade entre o art. 1.641, inc. II do CC com os princípios constitucionais que regem não apenas o Direito de Família e Sucessões e, afinal, com todo o conjunto normativo que regula as relações privadas no Estado brasileiro é, então, objeto de análise.

3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos fundamentos da República Federativa do Brasil²⁴, é considerado um “superprincípio” ou um “macroprincípio” constitucional por autores como Tartuce (2021, p.201).²⁵ Isso porque seu pressuposto constitutivo é o reconhecimento do ser humano como fundamento central do Estado Democrático de Direito, do qual emanam todos os direitos e garantias fundamentais expressos ou não na carta política (SARLET, 2020, p. 71).

Portanto, ainda que evidenciada certa dificuldade na sua conceituação – ora há referências ao princípio como cláusula geral, ora como um postulado –, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família é certa e até apresenta maior grau de influência na interpretação das regras e institutos desse ramo do Direito Civil.

Assim, uma norma que atente para o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas apresenta um vício de inconstitucionalidade material, levando à necessidade de remoção do ordenamento jurídico, como também fere diretamente o mais básico alicerce de legitimação do Estado brasileiro.

O art. 1.641, inc. II do CC, como norma reguladora do Direito de Família e Sucessões, viola, de forma flagrante, o princípio da dignidade da pessoa humana com o tratamento conferido ao indivíduo septuagenário por meio de uma concepção discriminatória acerca de sua capacidade decisória, inserida em norma imperativa.

Nas palavras de Rolf Madaleno, a imposição do regime de separação obrigatória aos nubentes com 70 anos ou mais promove a interdição do idoso para a escolha da regulação referente à comunicação patrimonial de sua própria relação familiar.

Curiosa e sectária interdição, ao transformar o septuagenário em um cidadão incapaz de decidir sobre seus bens no casamento, ou sequer lhe dá a oportunidade de casar pelo regime da comunhão parcial, para dividir os aquestos como produto da recíproca

²⁴ Constituição da República de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

²⁵ Trata-se do superprincípio ou princípio dos princípios como se afirma em sentido geral. A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da personalização do Direito Civil, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio. A tutela da dignidade humana representa a proteção da liberdade e dos direitos subjetivos na ordem privada” (TARTUCE, 2021, p.201).

construção dos ganhos materiais hauridos na constância do matrimônio, embora tampouco esteja impedido de promover doações, incluso para o seu novo cônjuge (MADALENO, 2015, p. 782).

A proteção da pessoa idosa, conforme dito, tem sido o principal argumento de defesa da limitação de sua vontade para escolha de seu regime patrimonial. Entretanto, a intervenção estatal não encontra justificativa, uma vez que a formação de relações conjugais, independentemente da idade dos nubentes, está sempre sujeita a interesses patrimoniais, conforme pontua Caio Mário:

No entanto, esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade (PEREIRA, 2017, p. 244).

A imposição do regime de separação obrigatória, antes da vigência do atual CC, foi alvo de críticas em razão do caráter abusivo e discriminatório, tal como analisam as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais mencionadas. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a incompatibilidade da norma com os princípios constitucionais adquiriu uma feição ainda mais insustentável frente à forte carga principiológica que diferencia a carta política vigente das antigas constituições.

Nesse sentido, na vigência simultânea do CC de 1916 com o atual texto constitucional, autores defenderam que o art. 258, parágrafo, inc. II não havia sido recepcionado pela nova ordem principiológica instituída pela carta política.

O então desembargador Tribunal de Justiça de São Paulo César Peluso, relator do julgamento da Apelação Cível n. 007.512-2/2-00 em 1998, teceu importantes argumentos ao preferir voto pela não recepção da norma em comento:

É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as consequentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família. *A ratio legis*, que uníssonas lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receio político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade arcaica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico nem fundamentação empírica, de maneira diversa para cada sexo, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte. (...) Noutras palavras, decretou-se, com vocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por deficiência mental presumida *iuris et de iure* contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa.(...) Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e

aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção de capacidade jurídica. (...) Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras do paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge (TJSP, 1988, p.12).

Nesse sentido, em que pese o objeto de análise do tribunal ter recaído sobre o CC de 1916, o referido dispositivo foi reproduzido para a atual codificação, com a única mudança observada referente a idade de incidência, demonstra que as razões exaradas pelo órgão julgador são rígidas e atuais. Desse modo, os mesmos princípios constitucionais, que na visão do magistrado entravam em conflito com a redação do art. 258, parágrafo único, inc. II do antigo código, apresentam-se, de igual forma, violados com a vigência do art. 1.641, inc. II da atual codificação.

A falta de embasamento científico que comprove a ausência de discernimento da pessoa idosa para a prática de determinados atos apenas pelo fator da idade foi reforçada na fala do ex-ministro. A imposição do regime de separação obrigatória aos septuagenários estabelece, nos termos do julgado supracitado, uma presunção *iuris et de iure* sobre a capacidade civil deles.

Verifica-se, no julgado, a importância da posição do Poder Judiciário sobre a real natureza jurídica da restrição estabelecida, uma vez que muitos dos adeptos de sua constitucionalidade sustentam que a norma não promove a incapacitação civil do idoso maior de 70 anos, ainda que de forma parcial.²⁶

Outrossim, nas palavras do julgador, o avanço da idade representa um sinal de amadurecimento do indivíduo e de aperfeiçoamento de sua prudência, o que deve ser visto como reforço na preservação de sua plena autonomia decisória e não como um aspecto negativo, capaz de promover o julgamento prévio e absoluto acerca de sua capacidade. Impedir que um indivíduo com mais de 70 anos opte pelo regime patrimonial que melhor lhe convém

²⁶ A ADFAS, na qualidade de *amicus curiae*, no âmbito do ARE 1309642, afirma que a imposição do regime de separação obrigatória aos maiores de 70 anos “protege o idoso e sua dignidade, conferindo-lhe maior autonomia no exercício da vontade negocial” (STF, 2023, p.895).

representa uma violação ao núcleo constitutivo do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que cerceia a expressão do próprio ser como sujeito de proteção, segundo o magistrado.

A promulgação do CC em 2002, com a manutenção da norma em comento, afasta o juízo de recepção pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, no que tange à análise de inconstitucionalidade, os fundamentos evidenciados permanecem inalterados.

No que tange ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, em obra dedicada à sua conceituação em bases jurisprudenciais, brasileira e internacional, Luís Roberto Barroso destaca que a autonomia – suprimida para fins de escolha do regime patrimonial com a incidência do art. 1.641, inc. II do CC – é preceito elementar do respectivo princípio fundamental:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. [...] Mas a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas, como as escolhas relacionadas com religião, relacionamentos pessoais, profissão e concepções políticas, entre outras (BARROSO, 2020, p. 81,82).

Assim sendo, tem-se desconsiderada a vontade da pessoa idosa para conduzir sua vida na forma como deseja, reputando-lhe como não capaz de optar pelo regime de bens que julga mais adequado à sua situação patrimonial, o que, para os demais indivíduos não abarcados pelo rol do art. 1.641, é permitido sem nenhuma ressalva.

Como forma de exemplificação da relação estabelecida entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à autodeterminação, Barroso faz referência raciocínio jurídico a ser empregado pelo Poder Judiciário no julgamento da regulação da prática do aborto. É que essa temática engloba uma série de conceitos morais conflituosos, relativos não apenas à definição do momento de início da vida humana, mas também ao reconhecimento dos direitos.

Em situações dessa natureza, a preservação da autonomia individual deverá sobrepesar como o valor a ser resguardado, permitindo que a decisão recaia exclusivamente sobre os indivíduos afetados pela limitação atribuída pela lei:

Sendo esse o caso, não se pode considerar que exista um consenso social significativo sobre essa matéria. De fato, a única conclusão claramente perceptível é que o aborto representa um ponto de grande desacordo moral na sociedade contemporânea. Em circunstâncias como essas, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que os indivíduos realizem escolhas autônomas. Em outras palavras, o Estado deve valorizar a autonomia individual e não o moralismo jurídico (BARROSO, 2020, p. 102).

A imposição do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, por outro lado, decorre da positivação de uma presunção infundada acerca da capacidade civil da pessoa

idosa, da qual resultaria a necessidade de se impor reflexos limitadores sobre o desenvolvimento de suas relações afetivas.

Nesse contexto, não há espaço para a defesa da ingerência do Estado sobre a decisão pelo regime de bens aplicado ao casamento ou união estável do maior de 70 anos, a qual possui natureza exclusivamente individual e não comporta nenhum embasamento científico que ateste a perda da capacidade quando do atingimento da referida idade.

Portanto, como consequência da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, necessária se mostra a eliminação do art. 1.641, inc. II do CC do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 Dignidade da Pessoa Idosa, Direito à Liberdade e Vedação à Discriminação

O princípio da dignidade da pessoa humana, tido como um dever geral, aplica-se indiscriminadamente a todos os indivíduos como inerente à sua condição de ser humano (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, p.1).²⁷ Portanto, é vedado ao Estado promover qualquer forma de distinção que possa levar ao não atendimento da atribuição constitucional de proteção a determinada pessoa ou a parcela da sociedade.

O artigo 230 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado, da família e da sociedade a promoção da defesa da dignidade da pessoa idosa. Desse modo, além de uma obrigação de natureza assistencial, o constituinte buscou positivar uma responsabilidade voltada ao fornecimento de meios capazes de assegurar o combate à estigmatização durante a velhice, conforme já dito.

Outrossim, no plano infraconstitucional, o Estatuto da Pessoa Idosa, em sintonia com o texto constitucional, reforça o papel conferido ao Poder Público de amparar o idoso, por meio de expressa disposição em seu art. 9º: “É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”

Nesse sentido, ao atribuir ao Estado a obrigação de garantir um envelhecimento em condições de dignidade, é certo que o legislador não limitou a atuação estatal no que tange à promoção de ações positivas que buscam garantir, na medida do possível, eventuais cuidados especiais decorrentes da senilidade, a exemplo da garantia à saúde e ao atendimento prioritário.

²⁷ Preceitua o artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Ao mesmo tempo, a manutenção da autonomia decisória e gerencial durante o processo de envelhecimento, consubstanciada no pleno gozo dos direitos civis da pessoa idosa, representa um importante aspecto da manutenção da dignidade durante essa fase da vida (MAIO, 2018, p.2).²⁸

Ressalta-se, porém, que a presunção de incapacidade do septuagenário para escolha do regime de bens de seu casamento, tal como estabelecida, possui natureza absoluta, ou seja, não pode ser afastada ainda que comprovado o completo domínio das faculdades mentais do nubente.

Desse modo, a norma em comento promove uma restrição, de forma genérica e infundada acerca da capacidade civil do idoso, sem que lhe seja viabilizada nenhuma forma de comprovação sobre sua verdadeira condição cognitiva, concebendo-o como uma potencial vítima das entidades familiares que eventualmente pretenda estabelecer de forma tardia.

Em contrapartida, argumentando pela constitucionalidade da norma, defende-se que o objetivo do legislador foi o de estabelecer uma cautela em favor da pessoa idosa, uma vez que, sob tal perspectiva, o indivíduo, quando do atingimento da velhice, acaba por contrair um estado de maior carência afetiva, o que o leva a estabelecer relações afetivas sem a devida prudência:

Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, n II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. Conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos correm aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras (MONTEIRO, 2010, p. 218).

Adotando-se essa visão como fundamento para vigência da norma, a imposição do regime de separação obrigatória é ainda mais gravosa, tendo em vista que não apenas considera a pessoa idosa como ingênua e incapaz de estabelecer relações afetivas íntegras, como também entende o estado de carência emocional afetiva como fator suficiente para comprometer a plena capacidade civil do nubente.

Ampliando as perspectivas da repercussão da norma, Pérola Melissa Vianna Braga, ao tratar da importância de se viabilizar a cidadania durante o envelhecimento, ressalta que a manutenção dos direitos da pessoa idosa é reflexo de seu reconhecimento como cidadão, uma vez que a limitação da autonomia, com base em critérios etários, representa uma medida de verdadeira discriminação.

²⁸ "A velhice é um direito humano fundamental, sendo que o grande desafio atual não é apenas prolongar os anos de vida ou de mantê-la sem doenças, mas em garantir qualidade de vida e bem-estar às pessoas durante a sua velhice, ou seja, é ter direito à vida com dignidade, procurando-se preservar a sua autonomia individual, sua liberdade e a sua independência ao máximo" (MAIO, 2018, p.2).

Obviamente, o idoso continua sendo parte da família, e deve ser estudado no campo do Direito que cuida desta Instituição. Seus direitos básicos não devem ser diferenciados, pois esta é uma das maiores formas de discriminação que pode ocorrer. Assim, se os direitos de uma pessoa não se modificam a medida que ela envelhece, a questão é de preservação da identidade, independentemente da idade que esta pessoa tenha. Vale dizer que não se trata de paternalismo ou protecionismo, ao contrário, trata-se de manutenção de direitos, direitos estes que não devem ser expropriados de ninguém com base num critério etário, pois como se sabe, velhice não é sinônimo de incapacidade civil (VIANNA BRAGA, 2001, p. 1).

A forma pela qual a sociedade compreende e trata o período tardio da vida repercute diretamente na supressão ou estímulo ao papel do idoso enquanto membro participativo da sociedade (VIANNA BRAGA, 2001, p.3).²⁹ Entretanto, é certo que os avanços observados no decorrer dos anos revelam que o atual cenário se diferencia substancialmente da realidade social e normativa contida no momento de formulação da regra em comento, tendo em vista a nítida expansão dos direitos da pessoa idosa.

Sendo assim, por mais que a proteção da pessoa idosa constitua um compromisso do Estado, em atuação conjunta com a sociedade e com a família, o reconhecimento de sua vulnerabilidade não implica a necessidade de restringir sua capacidade civil. Garantir o interesse do idoso é decorrência de sua identificação como indivíduo plenamente apto ao exercício dos mais diversos atos da vida privada.

Nessa perspectiva, Paulo Lobo, ao tratar da função e dos objetivos referentes à edição dos Estatutos brasileiros, alerta que, com o pretexto de conferir maior anteparo ao indivíduo considerado vulnerável, o legislador acaba por instituir, em muitos casos, um intervencionismo estatal inadequado e abusivo na esfera individual:

A fragilidade ou a vulnerabilidade de algumas pessoas é uma tentação ao exercício ilusório de poder de outras pessoas sobre elas. Acresce a isso o preconceito contra os que são considerados diferentes do modelo de conduta da moral dominante (por exemplo, os homossexuais), principalmente os mais fracos, seja pelo número, seja pela fragilidade natural (crianças, mulheres, idosos, pessoas com deficiência). Essa é a realidade social que não pode ser desconsiderada pela lei. Esses Estatutos não podem ser tidos como paternalistas, mas sim como respostas normativas adequadas a essas situações merecedoras de proteção solidária e de tutela jurídica adequada (LÔBO, 2021, p.39).

Desse modo, o patamar etário não deve ser considerado um estágio de transição que retira do indivíduo idoso importantes manifestações de autonomia, mas sim, o mero avanço cronológico e gradual por todos vivenciado, o que não implica diminuição de sua condição social e jurídica de até então.

²⁹ VIANNA BRAGA (2001, p. 3). “No caso específico do idoso a dimensão de liberdade e conseqüentemente, o exercício da cidadania, depende da criação de condições favoráveis à manutenção de seu poder de decisão, escolha e deliberação. Tais condições serão efetivadas quando a sociedade perceber que precisa mudar seu comportamento em relação ao envelhecimento...”

O combate à discriminação da pessoa idosa deve abarcar não apenas novas formas de conscientização da sociedade sobre as reais necessidades advindas do envelhecimento, mas também os meios pelos quais o Estado regula o tratamento dos cidadãos idosos, no qual insere-se a garantia da plenitude em sua capacidade civil. Reitera-se que a promoção do bem geral, sem preconceitos de idade, representa um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em expressa previsão do inc. IV do art. 3º da Constituição Federal. Nesse sentido, a imposição do regime de separação obrigatória reforça um preconceito ligado à condição etária do indivíduo.

As situações que envolvem a incapacidade relativa e absoluta, listadas nos artigos 2º e 3º do CC, são cenários predeterminados, reconhecendo-se a taxatividade de seus respectivos incisos. Destarte, não se justifica, como consequência da imposição da separação legal, sua expansão para limitar a prática determinados atos, a exemplo da amplamente discutida opção pelo regime patrimonial. Isso porque, pelo histórico normativo descrito de início, a tendência evidenciada pelas alterações realizadas ao CC demonstra que o legislador buscou restringir hipóteses já em vigor.

Por todo exposto, como forma de materialização dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa idosa, conclui-se que o avanço da idade não pode constituir fundamento único de exclusão do exercício de escolha daquele que possui mais de 70 anos.

3.3 Autonomia Privada e Variedade dos Regimes de Bens

A autonomia privada, ainda que não esteja expressamente prevista como direito fundamental no rol do art. 5º da Constituição Federal, decorre diretamente do pleno exercício dos direitos à liberdade e à igualdade, ambos listados nesse artigo. Desse modo, a limitação estatal incidente sobre a prática de determinados atos da vida civil apenas se justifica quando presentes razões que atestem, de maneira inequívoca, sua adequação e necessidade.

Outrossim, por mais que a materialização da dignidade da pessoa humana esteja atrelada à promoção e à garantia de uma multiplicidade de direitos e garantias fundamentais, a liberdade e a igualdade constituem o cerne da estruturação de tal princípio (MENDES, 2018, p.288).³⁰

³⁰ Adotando tal perspectiva, Gilmar Mendes, ao afirmar que: "O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais" (MENDES, 2018, p.288).

A preservação da autonomia privada representa um dever a ser observado pelo legislador no processo de regulação dos atos de todos os ramos do Direito Civil. Todavia, sua incidência possui especial relevância quando tratada no Direito de Família (TARTUCE, 2021, p. 2022).³¹ Isso porque, diferentemente do vínculo passageiro e muitas vezes efêmero estabelecido com terceiros em pactuações obrigacionais e contratuais, a continuidade e a permanência do vínculo constituem características fundamentais da união estabelecida entre os membros do núcleo familiar.

Nesse sentido, um dos principais reflexos do exercício da liberdade individual nas relações familiares diz respeito à escolha do regime patrimonial que irá regular o casamento ou a união estável a ser constituído. Logo, como subprincípio inerente à materialização do respeito à autonomia privada no Direito de Família, o denominado princípio da variedade de regime de bens busca resguardar os interesses

Desse modo, os indivíduos que preenchem os requisitos legais relativos à formação de uma união estável, bem como as formalidades necessárias para constituição do casamento, são, em regra, livres para optar pelo regime de bens que melhor lhes convenha. Entretanto, aquele com a idade de 70 anos necessita do mesmo tratamento legal, já que teve apartada sua liberdade de escolha com base em razões exclusivamente etárias.

Em sentido contrário, Washington de Barros, em sua obra *Direito Civil*, argumenta que o direito fundamental à liberdade não é absoluto e, assim, pode sofrer restrições – como a imposição do regime de separação legal aos septuagenários:

Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime de separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de setenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos do seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VIII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda salientar que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares (MONTEIRO, 2010, p. 295).

Entretanto, por mais que não se discuta a possibilidade de intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos, conforme já evidenciado, a limitação da liberdade individual deve ser compreendida como uma exceção e somente deve prevalecer quando presentes fundamentos de comprovada imprescindibilidade.

³¹Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. O fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano (art. 1.º, inc. III, da CF/1988) (TARTUCE, 2021, p. 2022).

Os exemplos citados por Monteiro (2010, p.295), em referência à ingerência estatal no Direito de Família, não têm relação com a feição discriminatória e desproporcional que caracteriza a imposição do regime patrimonial da separação obrigatória. O dever de fidelidade, por exemplo, não representa propriamente uma restrição ao direito de liberdade, mas sim um elemento constitutivo da relação conjugal. Desse modo, na visão de Madaleno (2015, p. 190-191) o indivíduo que pretende se casar deve assumir o compromisso de seguir tal mandamento, sob pena de desfiguração da natureza do próprio instituto, o que, na maioria dos casos, terá como consequência natural a sua extinção.³²

Inclusive, o CC lista outros deveres impostos aos cônjuges, como o de mútua assistência, de respeito e de sustento e de guarda dos filhos. Assim, o atendimento a tais atribuições legais está em plena sintonia com o interesse individual materializado, ao se estabelecer uma relação familiar, com submissão aos preceitos que a regem, o que não se confunde com a exclusão da vontade dos nubentes para a escolha do regime de bens que regulará o seu casamento.

No que tange aos impedimentos matrimoniais mencionados por Monteiro (2010, p.295), é evidente que sua instituição legal decorre de razões de ordem essencialmente biológica e moral, como a proibição dos casamentos entre ascendentes e entre colaterais até o terceiro grau e afins em linha reta.

Sendo assim, ainda que seja possível confrontar as motivações éticas apresentadas pelos legisladores em alguns dos incisos contidos no art. 1.521 do CC, sua previsão decorre da incorporação de tais valores pela sociedade, os quais foram positivados no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, a hipótese de incidência referente à separação obrigatória contida no art. 1.641, inc. II, consubstancia-se em uma mera presunção infundada direcionada à capacidade da pessoa idosa, a qual carrega manifesta carga discriminatória. Nesse sentido, uma vez que a não discriminação do idoso representa um dever do Estado, como consequência direta observância

³²Assim leciona Rolf Madaleno: "Dentre os primeiros deveres do casamento expostos no artigo 1.566 do Código Civil, está o de fidelidade recíproca, e cuja transgressão já foi considerada como a mais infame das causas separatórias. Explica Frank Pittman que o adultério é contra a lei ou contra a vontade de Deus, mas a infidelidade é contra o casamento, exatamente porque rompe os acordos que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos conviventes, mas que representam, sempre, alianças formadas com o objetivo de dar paulatina estabilidade ao casamento e que a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição." (MADALENO, 2015, p.190, 191).

dos dispositivos constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional, não há, na norma em apreço, qualquer respaldo científico, moral ou social capaz de sustentar a sua vigência.

Ademais, com o fim de garantir a proteção da pessoa idosa, o vasto conjunto normativo que regula as relações privadas dispõe de diversos instrumentos plenamente aptos a impedir que a pessoa idosa seja vítima de atos lesivos não só à sua integridade, mas também a seu patrimônio.

Comparativamente, nos casos em que a vontade é maculada por algum vício de consentimento, por exemplo, o desfazimento de negócios jurídicos demanda a comprovação em juízo da falta de voluntariedade ou consciência no momento da realização do ato, o que se aplica. Esse mesmo raciocínio se aplica à anulação dos casamentos celebrados nas hipóteses de anulação por coação moral, conforme preceitua o art. 1.558 do CC. O agravamento de determinada condição fisiológica que leve à diminuição substancial da capacidade cognitiva, como fundamento para a supressão da capacidade jurídica de um indivíduo até então considerado capaz, demanda comprovação de seu quadro clínico, apontado por meio da instauração de um procedimento judicial próprio.

Assim, ainda que algumas doenças comprometedoras do estado psíquico estejam atreladas ao envelhecimento, não é certo que isso vá ocorrer em 100% dos idosos e também não é possível estabelecer uma idade determinada como critério para assegurar sua ocorrência. Dar certeza de ocorrência ao que é hipótese acaba por prejudicar inúmeros indivíduos idosos plenamente conscientes e aptos para o exercício dos atos civis.

Esse é o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 324) que prelecionam:

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade.

Nesse sentido, ao conceber a proteção de pessoa idosa como um fim a ser perseguido, destacam-se outros institutos que apresentam resultados mais benéficos e eficientes do que aqueles observados por uma norma que limita a autonomia privada do septuagenário. É um traço revelador da falta de proporcionalidade da norma, princípio a ser observado pelo legislador quando formulação de novas restrições aos direitos fundamentais (MENDES, 2018. p.332, 333).³³

³³Tratando da necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, afirma Gilmar Mendes: "Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade" (MENDES, 2018.p.332-333).

Ainda na comparação dos efeitos da norma sob comento, tratando-se de regra voltada a instituir uma cautela que se dirige à situação patrimonial do nubente, ressalta-se que sobre o indivíduo considerado pródigo não há incidência do regime de separação obrigatória; não há previsão legal expressa (TARTUCE, 2021, p. 2093).³⁴

Nesse caso, o procedimento de interdição, para fins de imposição do instituto da curatela, demanda a comprovação em Juízo da ausência de aptidão do interditando para a administração de seus bens e para a prática de determinados atos da vida privada. Ressalta-se obrigatoriedade de realização de exame pericial nos termos do art. 753 da codificação civil.

Desse modo, é certo que tais indivíduos, pela própria natureza de sua condição mental atrelada à carência de discernimento, estão potencialmente sujeitos em maior facilidade à dilapidação de seus bens em razão da má-fé de terceiros. Todavia, em mais uma perspectiva de desproporcionalidade da norma, o ordenamento jurídico considera, de forma antecipada e genérica, que aquele com mais de 70 anos apresenta maior grau de fragilidade ao dispor sobre seu próprio patrimônio.

Por fim, destaca-se que é possível alcançar resultados semelhantes à comunicabilidade dos bens durante o casamento, como se observa na realização de doações entre cônjuges na constância do casamento regulado pelo regime da separação obrigatória. Esse é um ato plenamente válido, conforme entendimento adotado pelo STJ e expresso no enunciado n° 564 da IX Jornada de Direito Civil, já mencionado.

Trata-se, portanto, de regra que, com enunciadas razões de proteção do patrimônio da pessoa idosa contra as ameaças da desilusão amorosa, impede o exercício da liberdade jurídica de dispor sobre seu patrimônio, bem como de conduzir sua vida privada pelas motivações íntimas que apenas a ela lhe convém.

Ante à inexistência de sólido nexo de proporcionalidade entre o objetivo proposto, relativo à tutela das situações particulares de debilidade senil, e o efeito prático da grave restrição observada, a consequência da aplicação do dispositivo normativo recai sobre a incapacitação de um considerável número de indivíduos na mesma faixa etária alcançada pela compulsoriedade do regime da separação de bens. Em outras palavras, ainda que se esteja frente a uma variedade de meios para se combater ou reduzir eventuais inseguranças que o

³⁴ Ensina Flávio Tartuce (2021, p. 2093), ao abordar a situação do pródigo enquanto nubente para a escolha do regime patrimonial de seu casamento: "Ora, o pródigo também pode se casar livremente, uma vez que a interdição é apenas relativa aos atos de disposição direta de bens, tais como vender, hipotecar e transigir, o que não atinge o casamento (art. 1.782 do CC). Anote-se que não sendo celebrado pacto antenupcial, o regime do seu casamento será o da comunhão parcial (regime legal), e não o da separação obrigatória de bens, uma vez que o pródigo não consta expressamente no art. 1.641 do CC.

relacionamento afetivo na fase tardia da vida possa trazer, a preferência do legislador foi pela inabilitação, pela discriminação do conjunto de homens e mulheres que integram a população com idade superior a 70 anos.

Por fim, como consequência lógica e natural do respeito à autodeterminação do indivíduo, deve-se assegurar-lhe o direito de dispor sobre seu patrimônio conforme melhor julgar apropriado. Nesse sentido, tendo em vista que nenhuma ofensa ou violação a direito alheio é evidenciada, uma intervenção dessa em sua capacidade decisória constitui afronta substancial à esfera da intimidade.

Pelo exposto, constata-se que a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II do CC é uma forma de garantir o restabelecimento da autonomia privada da pessoa idosa septuagenária, autonomia essa que se encontra maculada com aplicação de uma norma que reduz a independência como sujeito de direitos, diminuindo a extensão dos atos relativos ao seu planejamento familiar.

3.4 Da Presunção do Casamento com Interesse Exclusivamente Patrimonial ao Desestímulo à Constituição de Relações Familiares pelos Indivíduos com mais de 70 Anos

Como amplamente referida neste trabalho, a constitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória para os casamentos celebrados por indivíduos idosos com idade igual ou superior a 70 anos de idade é, em grande parte, defendida com base em uma concepção patrimonialista que sustenta a necessidade de proteção do direito à herança destinada aos sucessores. Mas ainda que a proteção da pessoa idosa como sujeito de direitos em situação de vulnerabilidade seja um dos principais pontos de defesa da constitucionalidade do dispositivo, fica evidente que o legislador buscou limitar o pleno exercício da autonomia na escolha do regime de bens sobrevalorizando o direito à herança dos sucessores do idoso falecido.

No bojo das discussões e dos efeitos de tal norma, como já mencionado, a edição da Súmula nº 377 decorreu da necessidade de se garantir ao cônjuge casado no regime de separação obrigatória o direito à meação, mediante comprovação do esforço comum empregado, como forma de mitigação dos efeitos da aplicação do regime de separação legal.

Destarte, no âmbito da relação conjugal, à qual não implica a aquisição de nenhum direito patrimonial aos herdeiros em caso de sua extinção, o Poder Judiciário entendeu que impedir o acesso à divisão igualitária dos bens adquiridos conjuntamente não só representaria injustiça, como também viabilizaria o enriquecimento ilícito da pessoa idosa em desfavor

daquele que comprovadamente contribuiu para a aquisição de bens para o casal, na constância do matrimônio.

Afastada a incidência do entendimento sumulado no processo sucessório, torna-se claro que a aplicação dos efeitos do art. 1.641, inc. II é quase que exclusivamente no sentido de obstar a participação do cônjuge/companheiros sobrevivente na partilha do acervo patrimonial do falecido.

Assim, se em um primeiro momento, a norma pretende resguardar o septuagenário quanto à propriedade de seus bens, ameaçada pelas reais intenções de um casamento ou união estável por ele pretendidos, como vem sendo defendido, o que se observa na prática é a busca da restrição da participação no processo de divisão da herança aos herdeiros necessários. Nesse sentido, leciona Flávio Tartuce (2021, p. 2115): “Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (personalização do Direito Civil)”.

A consideração de que indivíduos casados com pessoas septuagenárias não fazem jus à mesma proteção conferida aos sucessores não pode se basear em outro ponto que não seja a presunção de que todo e qualquer casamento ou união estável, contraído na hipótese descrita no inc. II do art. 1.641, está eivado de interesses exclusivamente econômicos e individualistas. Essa é a perspectiva que pode “justificar” a diferenciação no tratamento legal aplicado.

Desse modo, o legislador busca desconsiderar por completo a vontade da pessoa idosa e instituir uma verdadeira presunção não apenas de carência de capacidade plena aos maiores de 70 anos, como também de absoluta discriminação acerca das reais intenções que fundamentam os matrimônios constituídos por tais indivíduos.

O afeto constitui a base de formação das relações familiares (TARTUCE, 2021, p.2026),³⁵ o que se aplica à constituição e à manutenção dos casamentos e de uniões estáveis. Disso, infere-se que sua inexistência ou seu desaparecimento constituem o principal motivo para a extinção de tais institutos. Todavia, o Poder Legislativo, de forma apriorística e sem qualquer fundamento científico capaz de embasar tal concepção, na determinação da norma sob comento, denota que indivíduos na faixa etária de 70 anos jamais poderiam vivenciar relações afetivas verdadeiras, ou, mais ainda, não teriam condições de suscitar o afeto de outras pessoas, uma vez que seus parceiros necessariamente teriam interesses unicamente patrimoniais.

³⁵ TARTUCE (2021, p. 2026): “O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.”

Assim, para além da inconstitucionalidade material da norma, observada do ponto de vista da afronta ao princípio da dignidade da pessoa idosa em sentido restrito e em sentido amplo, a manutenção do art. 1.641, inc. II promove, de igual forma, a discriminação também daqueles que pretendem se relacionar com indivíduos com idade superior a 70 anos.

E ainda: por mais que o atual CC não diferencie homens e mulheres para fins de incidência do regime de separação obrigatória de bens, no contexto histórico observado e na conjuntura dos discursos proferidos a favor da norma, por ocasião de discussões em tribunais, fica claro que a desconfiança do legislador recai mais sobre as mulheres, tal como pontuado pela Defensoria-Pública da União na qualidade de *amicus curiae*, em sustentação oral realizada em sessão plenária promovida no STF:

Da aplicação da regra surge uma discriminação indireta de gênero contra mulheres. Embora a regra não faça uma distinção entre homem ou mulher maior de 70 anos, é possível identificar, na aplicação desta regra, uma discriminação indireta de gênero que se impõe às mulheres. Em um contexto de patriarcado, em que historicamente foram os homens que tiveram acesso ao patrimônio, a regra combate as ditas “arrivistas”, “viúvas negras”, ou seja, qual for o rótulo pejorativo que se utilize. **A regra, no contexto patriarcal, destina-se a evitar que o homem dissipe o patrimônio em favor de tais mulheres. A regra, no contexto patriarcal, atinge com maior impacto as mulheres que venham a casar com homens maiores de 70 anos e que ficam impedidas de integrar um relacionamento pautado pela livre eleição do regime patrimonial de casamento (STF, 2023)³⁶.** (grifo nosso)

Ainda que a diferença de idade entre os nubentes constituísse motivo suficiente para justificar a presunção do interesse patrimonial exclusivo na constituição de matrimônios, a norma que impõe o regime de separação legal não faz distinção no que tange os casamentos celebrados entre dois idosos, inclusive septuagenários.

Assim sendo, em decorrência da aplicação da regra, cria-se e se mantém um verdadeiro desestímulo à constituição de casamentos e de uniões afetivas por indivíduos com mais de 70 anos, independentemente da idade da pessoa com a qual ele pretenda se relacionar.

Argumenta-se, todavia, que a impossibilidade de escolha do regime de bens não tem acarretado diminuição da formação de casamentos e de uniões estáveis, o que, de imediato, pode parecer verídico. Entretanto, é certo que os impactos decorrentes da vigência de uma norma jurídica não se limitam aos objetivos enunciados pelos legisladores, uma vez que, em muitos casos, o cumprimento de determinado normativo pode gerar consequências nem sempre previstas ou pretendidas no momento de sua idealização, mas que surgem com o tempo e ainda

³⁶ STF. Pleno (AD) - Bloco 1 - Separação de bens em casamento de maiores de 70 anos - 18/10/23. Minutos (57:36 - 58:52) Youtube. 18/10/2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XICfGhWxEPM&ab_channel=STF. Acesso em: 21/10/2023

sim devem ser consideradas. Pelo menos é o que se infere das demandas recebidas pelos tribunais, na busca de solução para os efeitos da aplicação do art. 1.641, inc. II do CC.

Nesse sentido, com imposição do regime de separação obrigatória, a pessoa septuagenária passa a ser considerada frágil, sua ingenuidade afetiva torna-se certa da lei civil, ao mesmo tempo em que o Estado chancela uma presunção acerca das reais intenções de seus parceiros.

Então, por mais que em determinados cenários o interesse patrimonial possa constituir motivação determinante na visão daqueles que decidem estabelecer novas relações familiares, tal realidade por si só não constitui um fundamento suficiente para promover a restrição da liberdade de escolha do regime patrimonial de todas as pessoas com mais de 70 anos. Situações consideradas reprováveis e indesejadas, em uniões que deveriam prezar pela consagração do afeto, não são “privilegio” de nubentes septuagenários, mas sim de quaisquer faixas etárias. Todos estão sujeitos a vivenciar experiências similares, uma vez que o status financeiro elevado sempre constituiu um atrativo nesse sentido.

Assim, ao passo em que se reconhecesse a liberdade do septuagenário para eleger a pessoa com quem se pretende estabelecer uma relação conjugal, impossibilitar a sua opção de escolha pelo regime patrimonial aplicado reforça uma visão estigmatizante por parte da sociedade acerca da integridade de suas relações afetiva.

Portanto, a imposição do regime de separação obrigatória aos maiores de 70 anos, além de concretizar uma ofensa direta aos direitos fundamentais da igualdade, da liberdade e ao princípio da dignidade da pessoa humana, carrega como consequência indireta, mas de igual gravidade, o desestímulo à formação de novos casamentos e uniões estáveis durante o envelhecimento.

4 AUMENTO DA IDADE PARA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS SOB A ÓTICA DA RACIONALIDADE JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA: O PL 108 DE 2010

Retomando uma questão apontada brevemente, o aumento da idade para incidência da norma que impõe aos nubentes o regime da separação obrigatória de bens, vê-se que essa foi a única alteração promovida pelo legislador no inc. II do art. 1.641 do CC nos mais de 20 anos de sua promulgação. Paralelamente, na contramão de posicionamentos doutrinários que defendem sua revogação e da posição jurisprudencial que buscou mitigar os efeitos da sua aplicação, o Congresso Nacional não acolheu propostas de revogação desse dispositivo, propostas essas com formulações e evidências distintas. No entendimento da maioria dos deputados e senadores presentes no momento de sua aprovação, mostrava-se suficiente promover o aumento da idade contida na redação do dispositivo, adequando-o à atual realidade brasileira, segundo as palavras da proponente do PL n° 108 de 2010.

O processo legislativo é o meio pelo qual determinado ente federativo promove a edição de novas normas que irão regular certos comportamentos humanos os quais, segundo dita o legislador, deverão ser promovidos em conformidade com seu produto final, ou seja, a lei.

Porém, a atividade parlamentar nesse sentido nem sempre consegue desenvolver e sedimentar melhor as ideias apresentadas, o que se reflete na qualidade das leis promulgadas, seja pelo ponto de vista da eficácia e clareza dos enunciados normativos, seja em relação aos vícios de inconstitucionalidade formal ou material. Além de uma análise formal acerca do respeito às regras constitucionais do rito procedimental de confecção das leis, de emendas constitucionais e de medidas provisórias, entre outras, o estudo da racionalidade legislativa constitui um importante meio de verificação da efetividade do dispositivo normativo produzido.

Isso porque, ainda que o Poder Legislativo esteja encarregado de promover a função normativa, da qual decorre a materialização do sistema democrático sob forma representativa, afastar a possibilidade de análise e de valoração do raciocínio empregado pelos legisladores significa normalizar a arbitrariedade na propositura e na aprovação de leis, desde que observados os limites procedimentais constitucionais.

O estudo da argumentação legislativa não representa um meio de se instituírem limitações à atividade parlamentar, já que a má qualidade ou até mesmo a carência de fundadas razões, por si sós, não têm o condão de eivar a validade da norma (SIMÕES, 2019, p. 16).³⁷

³⁷ Tratando do estudo da racionalidade legislativa, leciona Roberta Simões (2019, p.16): “Que na prática os parlamentares não apresentem tais razões para a produção do direito – ou em algumas situações concretas deixem de fazê-lo –, naturalmente não servirá para que se deixe de cumprir a norma publicada no diário oficial, isso já

A motivação de qualquer ato decisório representa a consagração da democracia, uma vez que garante ao indivíduo, direta ou indiretamente afetado por suas disposições, os meios de verificação da adequação entre a realidade e os objetivos expostos em uma norma reguladora. Isso possibilita a formulação de críticas, dentro das formas legais, diante de eventuais erros cometidos.

Nessa perspectiva, vale lembrar que o legislador, ao aprovar o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, foi expresso ao prever a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, bem como as hipóteses nas quais haverá vício de estruturação, como dispõe seu § 1º do art. 489.

Desse modo, ainda que não haja dúvidas quanto às evidentes diferenças não só no papel, como também na dinâmica funcional que perpassa cada um dos Poderes da República, resta evidente que a motivação dos atos advindos do poder público deve sempre constituir um esforço do agente público, quando a lei não a instituir como uma obrigação.

A elaboração de leis não implica dizer que a eleição dos representantes lhes confere poder ilimitado dentro das regras constitucionais concernentes aos procedimentos a serem adotados, mas sim que a população lhes confiou a responsabilidade de assumirem o encargo de regularem o funcionamento da sociedade civil:

Nessa linha de raciocínio, vai aparecendo outra premissa que permeia toda a construção da tese, qual seja, a de que a atuação legislativa deve ser tomada também como um ato de responsabilidade, não de total discricionariedade. Em um Estado Constitucional, há liberdade de conformação do legislador, mas com condicionamentos, os quais naturalmente são variáveis a cada caso. De toda forma, a questão é a seguinte: o poder legislativo (leia-se, de fazer leis) não é ilimitado. A rigor, inclusive, isso decorreria da própria ideia do constitucionalismo, que implica submeter o poder político ao Direito (SIMÕES, 2019, p. 19).

Nessa perspectiva, com base no estudo da argumentação parlamentar na elaboração de novas normas, o professor Manuel Atienza cita as bases de uma teoria legislativa, considerando cinco níveis de racionalidade. O alcance da racionalidade em cada nível é tarefa árdua, visto que a dinâmica estabelecida entre os níveis descritos nem sempre conduz à harmonia.

Evidenciada a importância do estudo do raciocínio legislativo, investiga-se a qualidade do referido PL 108 de 2007, com o fim de identificar eventuais falhas e fragilidades nas razões apresentadas pelos legisladores. Para tanto, toma-se por base os fundamentos da teoria da legislação de Atienza e os níveis de racionalidade legislativa desenvolvidos por ele, em uma tentativa de conferir à atividade dos parlamentares um aperfeiçoamento qualitativo.

está claro. Aqui é o momento em que entra o brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. Também é essa a razão por que se prefere não falar em “dever” de motivação por parte dos legisladores, pois o eventual descumprimento aqui não traria consequências jurídicas (para a validade do Direito produzido).”

Antes, porém, de um lado, é preciso lembrar que a prática legislativa conta com diferentes agentes, cuja interferência impossibilita uma tomada de decisão exclusivamente racional. Significa que o processo que precede a promulgação de uma lei carrega o somatório de fatores políticos diversos que contribuem para afastar a racionalização da atividade parlamentar do patamar desejado. De outro, analisar os motivos externados pelos parlamentares, quando da propositura de novas leis, possibilita a descoberta de importantes considerações sobre a veracidade, a adequação e até mesmo a necessidade implícita às razões listadas para regular ou modificar relações humanas.

Nessa conjuntura, analisar as razões contidas na fundamentação da propositura do PL nº 108 de 2007, quanto aos níveis de racionalidade, é tentar compreender se a promulgação da Lei nº 12.344 de 2010 – que altera para 70 anos “a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento” – foi fruto ou não da aplicação de um satisfatório raciocínio legislativo, logo, se seu conteúdo condiz com a lógica da realidade na qual se inserem os idosos e suas reais condições.

4.1 Racionalidade Linguística (R1)

O atendimento de um enunciado normativo à conformação linguística constitui o primeiro nível da proposta de racionalidade legislativa formulada por Atienza. Tal como toda comunicação escrita, as normas jurídicas precisam apresentar um nível suficiente de adequação para possibilitar a efetiva compreensão por parte de seu destinatário.

O destinatário, nesse caso, não se restringe aos indivíduos cujos comportamentos serão limitados ou regulados pela lei, mas sim, são todos aqueles que, de alguma forma, se inserem no processo de aplicação do dispositivo normativo. Portanto, a racionalidade linguística será avaliada por meio da análise da eficiência da interpretação promovida pelos executores, julgadores e outros agentes que atuam como receptores linguísticos do texto legal.

Nesses termos e com a pluralidade de sujeitos que participam do cenário descrito, a racionalidade linguística dificilmente será atendida em sua totalidade, como enfatiza Atienza, sendo essa a razão pela qual se torna imprescindível a interdisciplinaridade do conhecimento na formulação de propostas legislativas, em especial da psicologia.

O PL nº 108 de 2007 demonstra compatibilidade com o R1, por sua redação clara e de fácil compreensão. A alteração do inciso II do artigo 1.641 do CC contou apenas com a substituição da palavra “sessenta” para “setenta”, até porque essa alteração constituía seu

objetivo: aumentar o limite de idade para a imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Portanto, ainda que o *caput* do referido artigo possa apresentar expressões capazes de incitar dúvida em alguns destinatários, como é o caso do entendimento acerca do significado da expressão “regime de separação de bens”, bem como de suas implicações para aqueles que contraem casamento nos termos do inciso, o PL em análise não abarcou em seu texto propositivo nenhum vocábulo ambíguo, contraditório ou impreciso.

(PL) Altera a redação do inciso II do art. 1641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

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

(CC) Art. 1641. 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 suprimento judícia

4.2 Racionalidade Jurídico-Formal (R2)

A estruturação do conjunto de normas jurídicas em um ordenamento pressupõe que a relação entre as diferentes regras deliberadas e incorporadas, sejam elas de hierarquia igual ou não, devem formar um nexo de harmonia entre si. Significa que “as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade” (BOBBIO, 1990, p. 80).

A racionalidade jurídico-formal, posteriormente à promulgação da lei, possibilita a verificação do potencial lesivo dos normativos na forma como estruturado, no momento em que passar a integrar o ordenamento jurídico nacional.

A estrutura do nível R2 está diretamente ligada ao raciocínio jurídico aplicado aos processos judiciais, nos quais os magistrados, uma vez provocados, decidem acerca de eventual inconstitucionalidade, por meio do uso do controle concentrado ou incidental. Os posicionamentos doutrinários formulados pelos juristas também centralizam suas considerações em determinados dispositivos normativos, na forma pela qual sua relação com o ordenamento jurídico ocorre.

Nesse sentido, “é óbvio que essa ideia de racionalidade e, portanto, essa forma de entender a técnica legislativa, é característica do jurista profissional, entendendo como tal tanto

os juristas práticos quanto os teóricos (os cultivadores da dogmática)” (ATIENZA, 2022, p. 32).

Assim, o PL n° 108 de 2007, na perspectiva da racionalidade jurídico-formal, incorre no mesmo vício que o da redação original do inciso alterado, isto é, afronta princípios e dispositivos constitucionais destacados anteriormente. É que, ao aumentar o limite de idade para a imposição do regime de separação obrigatória de bens, o PL em nada afastou a inconstitucionalidade da norma já antes verificada.

A dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, a variedade dos regimes de bens e a igualdade, evidenciada por meio da vedação à discriminação da pessoa idosa, são alguns exemplos de princípios, pela análise realizada, frontalmente violados com a antiga redação do inciso II do artigo 1.641 do CC, cenário não superado com a aprovação do PL.

Conforme evidenciado na exposição de motivos, a melhora na condição de vida, com a consequente ampliação da idade para a manutenção da “higidez física e mental”, constituiu a razão fundamental para a propositura do PL. A parlamentar proponente considerava a legislação apenas desatualizada do ponto de vista etário, frente às transformações tecnológicas e sociais experienciadas pela sociedade brasileira.

Em resumo, pela racionalidade jurídico-formal como critério avaliativo, a proposição, a tramitação e a aprovação do PL n° 108/2007 afrontaram diametralmente a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que sua inserção e manutenção promovem violações não apenas ao texto constitucional, como também à legislação infraconstitucional que assegura os direitos da pessoa idosa.

4.3 Racionalidade Pragmática (R3)

O R3, como indica sua nomenclatura, destina-se à análise dos destinatários da lei em um sentido literal, ou seja, aos indivíduos cujas relações serão diretamente afetadas pelas diretrizes, pelas limitações e por outras normatizações estipuladas pelo legislador. Uma lei será racional se as condutas humanas efetivamente forem afetadas com sua promulgação na forma idealizada pelo parlamento.

O PL n° 108 de 2007 tratou da alteração do limite de idade em uma das hipóteses de imposição do regime de separação obrigatória de bens, como visto. Então, visando avaliar a racionalidade desse PL na perspectiva pragmática, é preciso diferenciar as duas principais

formas de constituição de núcleos familiares presentes no ordenamento jurídico brasileiro: o casamento e a união estável.

O casamento, instituto jurídico do Direito de Família, é definido de diversas formas por doutrinadores, porém, tendo sempre presentes elementos indispensáveis, decorrentes das disposições constitucionais e legais. Sendo assim, é possível afirmar que o afeto, a exigência de dois indivíduos e o reconhecimento por parte do Estado são características essenciais que, uma vez ausentes, afastam a configuração dessa forma de união:

União formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas (GAMA, 2008, p. 5).

Já a união estável, em contrapartida, carece da formalidade como elemento constitutivo e indispensável, razão pela qual seu reconhecimento, em muitos casos, é promovido por meio de ação própria ajuizada após o rompimento do vínculo de companheirismo.

Com o fim de se celebrar casamento, os nubentes necessariamente deverão promover os atos descritos como indispensáveis pelo Código Civil, de modo que o tabelião, ao deparar-se com um indivíduo com idade superior a 70 (setenta) anos, necessariamente registrará a incidência do regime de separação obrigatória. Na união estável, ainda que seja possível estipular contrato de convivência (artigo 1.725 do CC), a realidade brasileira demonstra que, como na maioria dos casos, seu reconhecimento ocorre após o rompimento do vínculo de afeto entre os companheiros, a aplicação só ocorre depois.

A aplicação da hipótese do inciso II do artigo 1.641 para as uniões estáveis encontra-se, em certa medida, pacificada pelo STJ, conforme relatado no julgamento do Recurso Especial nº 646.259/RS, concordante com a aplicação da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos companheiros maiores de 70 anos.

Destarte, no divórcio, assim como na dissolução da união estável, o magistrado aplicará o regime da separação obrigatória, tornando então comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável, bem como aqueles já pertencentes aos cônjuges e companheiros.

Reitera-se que, em ambos os casos, é possível promover a dissolução da relação familiar de forma extrajudicial, desde que atendidos os requisitos contidos na Lei nº 11.441 que alterou o CC e o CPC. O agente público responsável analisará o regime a ser estabelecido no acordo antenupcial, o qual, para indivíduos com idade superior a 70 anos, necessariamente conta com imposição da separação obrigatória de bens.

Portanto, resta evidente o atendimento à racionalidade pragmática no PL n° 108 de 2007, uma vez que a observância da norma contida no inciso II do artigo 1.641 do CC de 2002 será materializada no momento do rompimento do vínculo conjugal ou do encerramento da união estável, assim como no procedimento sucessório, em caso de falecimento do cônjuge.

Desse modo, ainda que os indivíduos afetados pela imposição do regime de separação obrigatória sejam contrários à sua incidência em suas relações afetivas, o atendimento da norma ocorrerá obrigatoriamente ante à atuação do Poder Público, por meio da via judicial ou até mesmo extrajudicial.

A natureza cogente da regra, juntamente com a expressa necessidade de intervenção estatal para a validade do ato, afasta a possibilidade de comunicabilidade dos bens dos cônjuges e companheiros e, assim, de eventuais violações ao dispositivo normativo alterado.

Por fim, ressalta-se que, se se considerar que uma das finalidades do PL n° 108 de 2007 foi a diminuição da formação de casamentos ou uniões estáveis com fins exclusivamente patrimoniais, é possível defender que a promulgação da lei de fato impactou o comportamento de seus destinatários, ainda que sua incidência não diferencie as relações que prezam pelo afeto, realidade que representa a grande maioria dos casos.

4.4 Racionalidade Teleológica (R4)

A racionalidade teleológica carrega uma preocupação com os efeitos sociais desempenhados pela lei. Assim, a ciência social irá desempenhar um papel fundamental no atendimento às exigências presentes nesse nível de racionalidade

A ampliação do limite de idade para a imposição do regime de separação obrigatória de bens beneficiou os indivíduos com idade entre 60 e 70 anos. Entretanto, a aprovação do projeto de lei não eliminou a irracionalidade contida na redação original do inciso II do artigo 1.641 do CC. Nesse sentido, os pareceres do parlamentar relator, da Comissão de Constituição e Justiça e da Comissão de Seguridade Social e Família (PL n° 108, 2007) apenas reproduziram a exposição de motivos já evidenciada, demonstrando que a carência de discussões aprofundadas sobre a limitação da autonomia da pessoa idosa marcou o rito legislativo.

Tais documentos se limitaram à constatação de que a melhora na qualidade de vida do brasileiro constituiria motivo suficiente para se promover o aumento da idade limite para a imposição da separação obrigatória de bens, na visão dos parlamentares que se manifestaram pela aprovação do projeto de lei,

Também consta na ata da sessão deliberativa realizada pela CCJ que não houve qualquer discussão do PL n° 108 de 2007, de modo que sua aprovação pelo órgão foi unânime (CCJ, 2007).³⁸ Em síntese, ao que indicam os documentos consultados, não houve aprofundamento no conteúdo da temática relativa ao PL, o que prejudicou diretamente a qualidade da argumentação exarada, tendo em vista que as razões relativas à capacidade do idoso, apresentadas quando da propositura do PL, foram acatadas como certezas absolutas.

Caso o debate acerca da real necessidade de se ampliar o limite etário para imposição da separação obrigatória de bens ocorresse em um contexto interdisciplinar, com auxílio de sociólogos e de profissionais da área da saúde que estudam o comportamento de indivíduos idosos, por exemplo, seria possível evidenciar que a delimitação da idade, desprovida de qualquer fundamento biológico, psicológico e/ou sociológico, não pode ser parâmetro para avaliação da plena capacidade mental. Em vista disso, talvez se possa dizer que a idade de 70 anos foi aceita, tanto quanto seria uma proposta de aumento para 65, para 75 ou para 90, haja vista a ausência de fundamentos minimamente justificáveis para tal.

Em face desse aumento, a estigmatização que ronda a celebração de casamentos entre cônjuges de idades avançadas poderia ter sido tratada com a sensibilidade que o tema implica nos debates parlamentares, a fim de demonstrar que a mera presunção de uniões envolvendo objetivos apenas patrimoniais não reflete uma realidade posta, presente em todo e qualquer matrimônio ou união estável formados por idosos.

4.5 Racionalidade Ética (R5)

Por fim, a racionalidade ética, último nível de análise formulado por Atienza, refere-se à máxima de que os “fins justificariam os meios”. Nesse caso, é possível concluir que o R5 constitui o nível mais destoante dos demais e, portanto, aquele que carrega as maiores dificuldades em sua avaliação.

Isso porque, nas palavras do autor, a ética atua como um regulador positivo ou negativo sobre os comportamentos humanos, sendo necessário identificar quais os valores deverão ser observados como referenciais, o que demonstra a existência de um maior grau de subjetividade.

³⁸ Assim consta no conteúdo da ata da sessão realizada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 18/12/2007. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/533109.htm>

O PL n° 108 de 2007 é irracional, sob o crivo da racionalidade ética, uma vez que persegue fins ilegítimos e incapazes de justificar a promoção de uma limitação de tamanha gravidade na esfera privada dos indivíduos septuagenários.

A presunção de que indivíduos com mais de 70 anos carecem da higidez física e mental exigida para escolha do regime de bens de seu próprio casamento vai na contramão de um esforço reconhecido pelo constituinte, no sentido de combater a discriminação; pela positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do amparo ao indivíduo idoso.

Nesse sentido, lembre-se a alteração promovida no CC pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual retirou das hipóteses de incapacidade absoluta do indivíduo aqueles que por “deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” (CC, 2002). O legislador buscou instituir uma presunção de capacidade para o exercício de atos praticados por pessoas portadoras de deficiência, haja posto que a mera constatação de deficiência não leva à incapacidade civil.

Nesse sentido, uma pessoa com idade superior a 70 anos, com mais razão, apresenta capacidade plena para a condução e para o planejamento familiar, de modo que suas opções matrimoniais não devem ser limitadas pela imposição prévia do regime de bens em seu casamento ou união estável.

Por fim, ressalta-se que, nas palavras de Atienza, o R5 não é capaz de produzir uma técnica legislativa que conduza à eticidade de uma lei (ATIENZA, 2022, p.39).³⁹ Todavia, resta evidente que o discurso empregado na propositura do PL n° 108 de 2007 afronta os limites da moral ao reproduzir falas de cunho etarista e realçar, de forma institucional, a descrença voltada às reais intenções dos cônjuges ou companheiros de pessoas idosas.

³⁹ “É importante notar que esse nível de racionalidade desempenha uma função mais negativa do que construtiva. A racionalidade ética - ao contrário de outros níveis de racionalidade - não produz nenhuma técnica legislativa específica: não há nenhum procedimento para alcançar a liberdade, a igualdade e a justiça através das leis, fora das técnicas produzidas pela racionalidade R1-R4. O único “instrumento” que a ética tem à sua disposição é o discurso moral, porém, trata-se justamente de um instrumento que se desnaturizaria caso fosse utilizado para atingir fins (fins perlocucionários) que extrapolassem o próprio discurso” (ATIENZA, 2022, p.39)

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo nuclear comprovar a inconstitucionalidade contida na imposição do regime de separação obrigatória de bens aos casamentos contraídos por indivíduos com idade superior a 70 anos, nos termos do art. 1.641 do Código Civil.

Visando ao alcance de tal finalidade, explicitou-se a estrutura e os reflexos do instituto da capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, destacando, de forma contextualizada, o tratamento jurídico conferido à pessoa idosa. Traçou-se, em uma perspectiva comparada, a posição internacional acerca do tema, adotando-se como exemplo a postura da comunidade interamericana, na qual evidencia-se o compromisso dos Estados Partes com a promoção de um envelhecimento digno aos seus cidadãos.

Posteriormente, por meio da análise da evolução estrutural e principiológica estabelecida entre o Código Civil de 1916 e o atual, restou demonstrado o contrassenso em se reproduzir uma norma que retira da pessoa septuagenária a possibilidade de escolha do regime patrimonial que irá regular a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância de seu casamento ou união estável. Ainda se destacou como o texto constitucional expressamente atribui ao Estado, à família e à sociedade o dever de não apenas amparar a pessoa idosa na promoção de programas e ações de natureza assistencial, mas também o compromisso com a garantia da dignidade durante a velhice.

Os enunciados doutrinários, as propostas de revogação formuladas ao longo dos anos e as manifestações jurisprudenciais, relativos à imposição do regime de separação obrigatória aos septuagenários, evidenciam que os reflexos da regra restritiva de direitos apresentam-se prejudiciais e atentatórios à condição do idoso, no estabelecimento de suas relações familiares. Isso como resultado da incorporação de uma presunção de incapacidade civil totalmente desprovida de fundamentos científicos e sociológicos.

O estudo do conteúdo estruturante que perfaz o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais à igualdade, à liberdade, aliado aos dispositivos previstos na legislação infraconstitucional, comprovam que a ofensa da norma em análise à Constituição Federal de 1988 opera-se sob os mais variados espectros, mas que, de maneira interligada, compartilham do mesmo mal: o reforço da discriminação contra a pessoa idosa.

Em meio ao extenso número de críticas formuladas à imposição do regime de separação legal, o destino da norma encontra-se, atualmente, sob o crivo dos trabalhos desempenhados

pelo STF que, no julgamento do Tema 1236, discutiu de forma incidental a constitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do Código Civil.

Entretanto, até a conclusão deste trabalho, nenhum voto foi proferido, ainda que o próximo ato a ser realizado naquela corte corresponda à sessão de julgamento marcada para o dia 13 de dezembro de 2023, conforme indica o calendário do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a conclusão das manifestações das partes e *amici curiae* contidas no processo (STF, 2023).

Desse modo, por um lado, ainda que pronunciada eventual decisão no sentido de sua constitucionalidade, o conjunto argumentativo aqui exarado, assim como as análises normativas, acadêmicas e jurisprudenciais trazidas ao presente trabalho não perdem sua importância nem deixam de representar um relevante instrumento comprobatório do vício de inconstitucionalidade material contido na norma.

Por outro lado, pautando-se no aprimoramento da situação legal da pessoa idosa, espera-se que a Suprema Corte, como órgão incumbido de promover a defesa da Constituição Federal, promova a declaração de inconstitucionalidade da citada norma e, assim, garanta ao idoso septuagenário a liberdade de escolha do regime patrimonial de seu casamento ou união estável, a qual jamais deveria ter-lhe sido suprimida.

Por mais que a população idosa represente uma parcela considerável da sociedade brasileira, tendente a expressivo aumento nos anos que se seguem, a defesa de seus direitos, em muitos casos, não alcança a expressão necessária para coibir e fazer cessar as diferentes expressões normativas que reforçam posturas estigmatizantes relativas à perda da aptidão durante o envelhecimento.

A imposição do regime de separação obrigatória de bens decorreu da incorporação, pelo Direito Civil, de uma visão protecionista e paternalista que identificava uma suposta fragilidade dos idosos no desenvolvimento de seus relacionamentos afetivos.

Independentemente da idade referida pelo legislador, o estabelecimento de uma presunção absoluta de incapacidade com base em um critério exclusivamente etário exige uma análise concreta e específica acerca do estado fisiológico do indivíduo, razão pela qual a alteração legislativa pela Lei nº 12.344 em nada solucionou o vício de inconstitucionalidade contido na norma.

Nesse sentido, a postura patrimonialista que estruturava o Direito Civil em momento posterior à promulgação da atual codificação civilista entendia que resguardar os bens do idoso que integram a meação e a herança de eventuais “golpes” faria com que se desconsiderasse o

interesse do idoso pelo exercício da escolha do regime de casamento que julgasse mais favorável.

No atual cenário, no entanto, conclui-se que o novo CC, redigido sob as balizas do panorama constitucional recém incorporado, não permite a manutenção de uma regra de desproporcional e abusiva, que extrapola os limites justificáveis da intervenção estatal na esfera privada.

Conclui-se, assim, que o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa idosa, como forma de se garantir a materialização dos seus direitos durante o estágio tardio da vida, não deve representar uma justificativa para a supressão da autonomia daquele que, a despeito da idade que apresenta, é plenamente capaz de reger os rumos de sua vida privada.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **Argumentação legislativa**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Poli/Brasília: Editora UnB, 1990.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BRASIL. **Exposição de motivos Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

BRASIL. **Justificativa da proposta de Emenda Constitucional nº 457-A, de 2005**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=339848&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+457/2005

BRASIL. **Justificativa Projeto de Lei nº 5.710 de 1990**. Fixa diretrizes para a política nacional de assistência ao idoso, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1146313&filename=Dossie-PL%205710/1990

BRASIL.. **Discurso pronunciado pelo Deputado Gonzaga Patriota (PSB/PE) na Sessão de 15/04/2002**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=27519

BRASIL. **Parecer fornecido pelo Deputado Federal João Castelo ao Projeto de Emenda Constitucional nº 457-A, de 2005**. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativo ao limite de idade para a aposentadoria do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=398993&filename=PRL+1+PEC45705+%3D%3E+PEC+457/2005

BRASIL._____. **Projeto de Lei nº 108 de 2007**. Propõe a alteração da redação do inciso II do art. 1641 da Lei nº 10.406.

BRASIL._____. **Projeto de Lei nº 209 de 2006**. Propõe a revogação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406.

BRASIL._____. **Projeto de Lei nº 470 de 2013**. Propõe a criação do Estatuto das Famílias e dá outras providências.

CAHALI, Francisco José. **A Súmula nº 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens**. Revista do Advogado nº76. Disponível em: https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/paginaveis/76/24/index.html.

CCJ. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer fornecido ao PL n° 209 de 2006.** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4066905&ts=1630446548100&disposition=inline&_gl=1*2nh0jl*_ga*MTU1NzI4NjU0NS4xNjk0NDYwOTAy*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5Nzc0MzQ2Mi4yLjAuMTY5Nzc0MzQ2Mi4wLjAuMA..

CJF. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n° 125 da I Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acessado em 10 de setembro de 2023.

CJF. Conselho de Justiça Federal Enunciado n° 564 da IX Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acessado em 25 de setembro de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14. ed, Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

FURQUIM, Carolina Kirchner. **Solidão e isolamento social: como impactam na saúde dos idosos?** Agência Einstein. Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem>. Acesso em:

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil.** São Paulo; Editora SaraivaJur, 2022.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil. Família.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2022.** Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/2022/pnadc_202203_trimestre_caderno.pdf

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

MADALENO. Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6.ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 13.ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil** São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 2..

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada.** Curitiba: Editora Alteridade, 2019.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA.pdf>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 25. d. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2017, v. 5.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Capacidade legal da pessoa com deficiência**. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1211/Capacidade+legal+da+pessoa+com+%C3%A4ncia>. Acesso em:

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Faculdade Direito**, v. 41, n. 2, p. 15-46, 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 646.259**. Julgado em: 22 de junho de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400321539&dt_publicacao=24/08/2010 Acesso em: 15/10/2023

STF. Supremo Tribunal Federal. **REsp 918.643/RS**. Julgado em 22 de abril de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700113726&dt_publicacao=13/05/2011. Acesso em: 22/10/2023

STF. Supremo Tribunal Federal. **Embargos Infringentes ao RE 8.984/DF**. Julgado em 08 de novembro de 1948. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac26793/false>. Acesso em: 29/10/2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.309.642/SP**. Em julgamento. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12922/false>. Acesso em: 28/10/2023.

STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 878.694/MG**. Julgado em 10 de maio de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 11/10/2023.

STF. **Pleno (AD) - Bloco 1 - Separação de bens em casamento de maiores de 70 anos - 18/10/23**. Youtube. 18/10/2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=XICfGhWxEPM&ab_channel=STF. Acesso em: 21/10/2023

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense/Método, 2021.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Código Civil Comentado**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0079.11.005378-6/001**. 5ª Câmara Cível. Julgado em: 26 de janeiro de 2012. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.11.005378-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15/10/2023.

TJSP. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 007.512-4/2-00**. 2ª Câmara de Direito Privado. Julgado em: 18 de agosto de 1998. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=1224658&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_2c1e3a512ecd4ccca5d07c65154f355d&g-recaptcha-response=03AFcWeA5wTOi2bit_VSMK7NT7I9QSbbSTDJ90ci9-IE14tOna08s9jkiFgkXWgCOq2Jq8R8t1keO457R5fSGp33cH_yzTCL8gnZ9N6s6sx__j80gkg39bRSh-EgCj-dx_WZ5L9qJeLoeKgnT1ICiNkeWUdCpEgMwY_i1LWvIBvMpJji1McYDjOprn4AgqLvyLH5ar1ziwcLvYkmIbLb7rWTSPESWdG2AAI8CV6P89FdjWZmBkjmX_uciXTxZZbjr4rF1oKBxOimyEPOxCzsQDUTFZNjGIMS16icQ9pbyOv1fHInaIZlfgm4KLYcogHD542ijNxFNPWc01HNQGWz0T_0QMvoiHnDPQOMvoevXpyCsIwSKbo3xPznSUMlnLEIRFMSuxwGC9CLMJiIMltzSJOZAfvJpdZXnbPm7C1Ffaj0U32UPbsiTVz5qYX-LbgrjTIjJWdOLn-EWNJsCOFekDo4obamIc7SXZ7jYzuxDCtYbgIFpEec4T1n783zLmrzNqx4ZnmnFO_g0BHqduGwD0iJKkNzHWwIkXs-a8TlgnrntnKaUh74_o56b0c9XEuGbj4XkZ5Y15Z4p Acesso em: 25/10/2023.

VIANNA BRAGA, Pérola Melissa. **Envelhecimento, Ética e Cidadania**. O Neófito - Informativo Jurídico. 2001.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Trad. Suzana Gontijo. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgleclefindmkaj/https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf.