

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANDRESSA MESQUITA VIANA

O IDOSO COMO SENHOR DE SI E DE SEU PATRIMÔNIO: A (IN) DEVIDA
OBRIGATORIEDADE DO REGIME LEGAL DE BENS DA SEPARAÇÃO AOS
MAIORES DE 70 ANOS

PONTES E LACERDA - MT

2019

ANDRESSA MESQUITA VIANA

**O IDOSO COMO SENHOR DE SI E DE SEU PATRIMÔNIO: A (IN) DEVIDA
OBRIGATORIEDADE DO REGIME LEGAL DE BENS DA SEPARAÇÃO AOS
MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção título de bacharel, curso de
bacharelado em direito, Universidade do
Estado de Mato Grosso.

Orientador: Gean Carlos Balduino Júnior.

PONTES E LACERDA - MT

2019

ANDRESSA MESQUITA VIANA

**O IDOSO COMO SENHOR DE SI E DE SEU PATRIMÔNIO: A (IN) DEVIDA
OBRIGATORIEDADE DO REGIME LEGAL DE BENS DA SEPARAÇÃO AOS
MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção título de bacharel, curso de bacharelado em direito, Universidade do Estado de Mato Grosso.

Aprovado em ____ de _____ 2019.

Gean Carlos Balduino Júnior
Professor Orientador
Departamento de Direito
UNEMAT – Câmpus Universitário de Pontes e Lacerda

Cleide Marlena de Avila Espindola
Professora Avaliadora
UNEMAT – Câmpus Universitário de Pontes e Lacerda

Caroline Aparecida da Silva Deliberti
Examinadora
Advogada

PONTES E LACERDA - MT
2019

À minha família. O bem mais valioso que tenho
na terra.

AGRADECIMENTOS

A Deus que foi meu refúgio quando as dificuldades pareciam difíceis de serem superadas e que me sustentou em momentos que duvidei de minha capacidade.

A mulher mais forte que conheci na vida, que me deu forças mesmo durante as quimioterapias, minha eterna gratidão mãe (Maria), foi por você que continuei a lutar.

Ao meu pai (José), que fez de tudo para que meu sonho pudesse se realizar.

Aos meus irmãos (Wagner e Vanessa), que me apoiaram durante os cinco anos do curso e por terem me ensinado a lição mais valiosa da vida, que as conquistas somente valem a pena quando se tem alguém ao seu lado para compartilhar de sua felicidade.

Aos meus cunhados (Bianca e Wilson), que me incentivaram e me apoiaram durante a caminhada.

As amigas que o curso de Direito me deu (Ariadne e Neidiane), que tornaram o percurso mais leve, nossas conversas e risadas ficarão gravadas em minha memória, levarei vocês em meu coração.

A família Mesquita e Viana, por serem meu porto seguro. Amo vocês.

Ao meu orientador (Gean Carlos Balduino Júnior), pela colaboração no desenvolvimento deste trabalho e em especial, por ter me apresentado o Direito de Família, ramo do Direito pelo qual me apaixonei.

A UNEMAT, meu muito obrigada!

(...)

A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados e não punidos. (...)
(DIAS, S/D, p. 12-13).

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito precípua de analisar o regime legal da separação de bens que é aplicado aos maiores de 70 anos, cuja previsão encontra-se no art. 1.641, II, do CC, uma vez que, o legislador criou o referido dispositivo legal sob o pretexto de proteger os idosos da cobiça humana, evitando que as pessoas contraíssem matrimônio com esse grupo de pessoas somente com a finalidade de obter proveito econômico. Contudo, percebe-se que, que este dispositivo legal não cumpre com a finalidade a que se destina, haja vista que, na prática pode estar o legislador a proteger o patrimônio do nubente septuagenário para seus potenciais herdeiros, hipótese essa que não é admitida em nosso ordenamento jurídico. Além disso, podemos constatar que a mitigação da autonomia de vontade dos idosos viola a nossa Constituição Federal de 1988, que veda quaisquer tipos de discriminações em razão de sexo ou idade, portanto, percebe-se que, esse tratamento diferenciado em razão da idade, encontra-se em desconformidade com os princípios da liberdade e igualdade. Outrossim, o art. 1.641, II, do CC desrespeita ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, quando restringe a liberdade do idoso em virtude de sua idade, pois limita o direito de se autodeterminar de acordo com a suas próprias vontades, podendo ser atribuído a isso a violação deste princípio tão importante de nossa Carta Magna. Assim, foi utilizada a pesquisa qualitativa, dado que, foi dada prioridade as doutrinas de direito das famílias, sendo que apenas mencionamos alguns julgados, com o intuito de verificar se a tese da inconstitucionalidade já havia prevalecido em algum momento no âmbito jurisprudencial e com o objetivo de identificar se os argumentos estavam em consonância com o entendimento doutrinário.

Palavras-chave: proteção do maior de 70 anos; imposição do regime legal da separação de bens; inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2 DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS E AS RESTRICÇÕES.....	19
3 É INCONSTITUCIONAL O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS?	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

A priori, esse estudo visa compreender em quais situações a intervenção do Estado é permitida no âmbito da vida privada dos indivíduos e através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, podemos identificar que essa interferência somente pode ocorrer naquelas hipóteses em que a liberdade ultrapassar a esfera da vida privada de um sujeito e interferir indevidamente na do outro, provocando prejuízos aos seus direitos fundamentais, portanto, percebe-se que, não pode o exercício da liberdade ser absoluta ao ponto de ferir direitos fundamentais de outrem.

A partir disso, foi possível analisar as hipóteses em que o legislador mitiga a autonomia de vontade dos indivíduos, especificamente aquelas em que os nubentes são impedidos de escolherem livremente o regime de bens que acreditam ser o mais apropriado, cuja previsão encontra-se no art. 1.641, II, do CC/2002.

E foi possível compreender que nas hipóteses elencadas no art. 1.641, I, do CC, a intervenção do Estado é devida, já que a livre escolha do regime de bens por parte dos nubentes poderia provocar prejuízos a terceiros, já na hipótese do art. 1.641, II, do CC que trata da imposição do regime legal da separação de bens aos maiores de 70 anos, percebe-se que, a intervenção é indevida, pois presume a incapacidade dos idosos e impede o afastamento do referido regime de bens, diferentemente da primeira situação, além disso, não há que se falar em proteção de patrimônio de terceiros, uma vez que, nosso ordenamento jurídico veda a existência de herança de pessoa viva.

Por outro lado, a última hipótese em que se aplica o regime da separação de bens, art. 1.641, III do CC, destina-se aqueles que dependem de suprimento judicial para se casar e encontra-se em consonância com a primeira, pois admite que o regime de bens em estudo seja afastado quando os indivíduos atingirem a maioridade. Apesar de não conseguirmos visualizar a possibilidade da intervenção para impedir prejuízos a terceiros, essa hipótese não é tão absurda quanto a segunda, cuja imposição não pode ser afastada em hipótese alguma.

Diante disso, fez-se necessário uma pesquisa baseada na inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002, para compreender se o regime legal da separação de bens encontra-se em conformidade com os ditames de nossa Carta Magna, já que, nas demais situações em que tal regime é aplicado admite-se o seu afastamento e nessa hipótese em específico não é possível, portanto, a partir dessa enorme discrepância revelou-se necessário essa análise para compreender se a imposição deste regime aos idosos é devida por cumprir com a função de

protegê-los ou se é inconstitucional, por não permitir a nossa CF/88 esse tratamento diferenciado.

Para atingir esse objetivo, foi utilizado como metodologia a pesquisa qualitativa, uma vez que, foi dado ênfase ao entendimento doutrinário, sendo que, apenas trazemos o entendimento jurisprudencial com o intuito de verificar se a inconstitucionalidade já predominou alguma vez, nos atendo somente aos argumentos utilizados para verificar se estavam em consonância com o entendimento doutrinário e não a quantidade.

1 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primordialmente, antes de adentrar propriamente ao tema central que será objeto de nosso estudo, é pertinente explanar acerca do processo de constitucionalização do direito civil, uma vez que, a abordagem deste tópico será de suma importância para melhor compreender a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, já que, ambos encontram-se intimamente interligados.

Como é sabido, vivemos em uma sociedade que está em constante evolução, todavia, esse evento não trouxe consigo apenas pontos positivos, tanto é assim, que chegou um momento em que o nosso direito civil não conseguiu acompanhar esse progresso e como consequência acabou se tornando obsoleto, pois não conseguia dirimir os conflitos de modo satisfatório como antes, portanto, fica em evidência que medidas drásticas deveriam ser tomadas para solucionar essa questão.

Corroborando com o exposto, GOMES apud in FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 35) aduz:

Esse panorama resultante da desconstrução do sistema monolítico do Código Civil, a partir do pluralismo não só legislativo, mas também social (oriundo do welfare state), exigindo-se um direito civil mais próximo dos dramas e dimensões da vida moderna, mereceu do notável mestre baiano ORLANDO GOMES a advertência de que “o Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação aos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las”. E conclui magistralmente: “A menos que se dê outro sentido ao vocábulo Código, não há como salvá-lo.”

Percebe-se que, o Código Civil foi criado com o objetivo precípuo de resolver os conflitos que surgissem no âmbito da vida privada, todavia, com o tempo ele não conseguia mais solucionar esses problemas de maneira eficaz, haja vista que, as soluções que oferecia não eram mais apropriadas, pois o direito civil não estava em consonância com a realidade que a sociedade estava vivendo.

Diante desse cenário, fica cristalino que mudanças deveriam ser introduzidas no bojo do direito civil, com a finalidade de adequá-lo as novas necessidades dos seres humanos e para que assim pudesse proporcionar aos indivíduos decisões condizentes com a realidade, porém as indagações que surgem são: como essas mudanças deveriam ser feitas e quais seus reflexos no CC?

Neste sentido, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 36) preceituam que:

Assim, a Lex Mater salvou o Código Civil (e o Direito Civil como um todo) de uma morte inexorável, permitindo sua oxigenação, abrindo a norma civil para um mundo real, palpável, concreto – que reclama e exige uma tutela jurídica adequada às suas necessidades prementes e presentes.

À luz do exposto, podemos extrair que a Constituição Federal de 1988 desempenhou papel de suma importância para que o CC superasse o seu declínio e conseguisse se reerguer, visto que, serviu de instrumento para adaptar o direito civil as novas exigências que a sociedade moderna necessitava e que outrora o mesmo não obtinha êxito em atendê-las, visto que, havia uma incompatibilidade entre a realidade e os novos problemas que surgiram como decorrência do progresso e que o direito civil não havia acompanhado, sendo assim, a Carta Magna conseguiu fazer com que o CC superasse essa fase, pois conforme foi exaustivamente demonstrado, devolveu a ele a capacidade de dar uma resposta eficiente aos problemas que lhe fossem apresentados.

Deste modo, é importante trazer à baila que o Código Civil deixa de ser aplicado isoladamente nas relações privadas, visto que, a vontade do indivíduo deixa de ter caráter absoluto e isso se deve ao fato de que a proteção do ser humano passa a ser prioridade, porque os princípios e normas da CF/88 passam a influenciar diretamente as relações privadas, a esse processo dá-se o nome de constitucionalização do direito civil (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 36).

De acordo com este raciocínio, nota-se que, esse processo de constitucionalização do direito civil possibilitou que a CF/88 fosse utilizada como parâmetro para resolver conflitos relacionados às relações privadas, deste modo, o magistrado passa a ter que interpretar os dispositivos do CC com observância do conteúdo presente na CF/88. É importante frisar que, esse processo de constitucionalização além de inovador, elevou o direito civil a um patamar mais elevado, possibilitando que o indivíduo tivesse sua dignidade protegida até mesmo nos atos derivados da vida privada, que era algo que antes não existia, portanto, podemos concluir que agora o CC encontra-se compatível com a realidade que estamos vivendo e apto a solucionar problemas que forem levados a ele.

Corroborando com o que foi exposto, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 37) ressaltam que:

(...) é mister compreender a estrutura interna da norma civil (o seu conteúdo) a partir da legalidade constitucional, modificando, se preciso, seus contornos e consequências para que estejam antenados com a perspectiva constitucional.

Por fim, podemos extrair que a constitucionalização não exige somente que o Código Civil esteja em conformidade com os preceitos constitucionais, portanto, se eventualmente ele for interpretado com base na Constituição e for detectado que ambos não estão em consonância, o direito civil deve ser alterado, com o intuito de torná-lo adequado às normas constitucionais, isso somente é possível porque as pessoas foram elevadas a uma categoria de superioridade. Logo, se um código possui determinado regramento que possa possibilitar a lesão a terceiros, a

CF/88 torna possível a sua modificação, com o intuito de resguardar os direitos inerentes a qualquer ser humano, sobretudo, proteger a dignidade humana.

Deste modo, é importante frisar que a constitucionalização do direito civil desempenhou papel de grande importância para possibilitar que os direitos fundamentais pudessem ser aplicados nas relações da vida privada (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 41).

Podemos afirmar, portanto, que a aplicação dos direitos fundamentais no direito civil, também conhecido como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, somente foi possível graças a constitucionalização do direito civil, sendo que aquele surgiu em virtude deste, pois como é de conhecimento geral, a incorporação de direitos em nosso ordenamento jurídico que visam proteger o ser humano é um processo que se desenvolve paulatinamente, ou seja, é um processo lento, que demanda tempo para a sua construção.

À vista do exposto, é pertinente trazer à lume o entendimento dos motivos pelos quais a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tão relevante, assim, MASSON (2016, p. 201) preceitua:

A conjectura, entretanto, alterou-se. O Direito Constitucional contemporâneo vem reconhecendo a expansão da eficácia dos direitos fundamentais para abarcar, também, as relações privadas. Essa tendência, cujas discussões se iniciaram na Alemanha, explicita a potencialidade dos direitos fundamentais de produzirem efeitos não exclusivamente numa perspectiva vertical (do particular frente ao Estado), mas também numa ótica horizontal (entre particulares) -a metáfora vertical/horizontal justifica-se em razão da leitura que se faz da arquitetura jurídico-social dos pólos contrapostos: o particular seria a parte enfraquecida perante o Estado forte, poderoso e opressor, daí a ideia de subordinação, de aplicação verticalizada de direitos; noutro giro, entre particulares, o confronto de interesses se daria num plano horizontal, a partir de uma relação de coordenação, porque entre indivíduos que se situam (ao menos em tese) de modo similar/equilibrado na estrutura de forças do ordenamento.

Neste ínterim, nota-se que, inicialmente existia a preocupação de proteger os indivíduos da atuação do Estado que por ser mais forte, poderia utilizar de seu poder para cometer abusos e arbitrariedades contra os seres humanos, portanto, com o intuito de proteger os indivíduos de possíveis lesões que poderiam ser provocadas por ele, criou-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais, que possibilita a limitação da atuação do Estado que possa vir a lesar os seres humanos. Percebe-se, que os direitos fundamentais foram elevados a uma categoria de superioridade, assim, mesmo que se reconheça ao Estado a liberdade de atuação, este não poderá extrapolar certos limites, dentre eles, aqueles que possam acarretar prejuízos aos particulares, devido a proteção que advém dos direitos fundamentais, com o intuito de resguardar aqueles direitos que são inerentes ao homem.

Todavia, com o passar do tempo torna-se nítido que não bastava impor limites a atuação do Estado para se evitar lesões aos particulares, uma vez que, os prejuízos que os

indivíduos podem sofrer não são provocados somente por ele, podendo decorrer inclusive das relações privadas desenvolvidas no dia-dia dos cidadãos, portanto, surge a necessidade de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos também nas relações privadas, visto que, conforme podemos perceber, até nela os sujeitos podem ter seus direitos fundamentais violados por outro particular.

Vale frisar, aqui os indivíduos encontram-se em condição de igualdade, não existe um com mais poder que o outro, como no caso do Estado que é detentor de mais poder que qualquer outro ser humano, entretanto, mesmo estando em condição de igualdade, verifica-se que, pode ocorrer prejuízos aos indivíduos e para protegê-los dessa situação de risco, surge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, limitando a atuação daqueles particulares que possam vir a ferir direitos fundamentais de terceiros no decorrer do exercício de seus atos desempenhados no âmbito da vida privada, pois de nada adiantaria proteger os particulares contra a atuação do Estado e ser conivente com lesões que um particular pode ocasionar ao outro, ferindo seus direitos fundamentais.

Nessa vereda, MASSON (2016, p. 201) destaca:

Em verdade, modernamente, ultrapassou-se a discussão referente à possibilidade de os direitos fundamentais terem ou não eficácia nas relações privadas: é incontestado a aplicabilidade dos preceitos constitucionais nas relações entre os particulares, afinal, é preciso compreender que não só o Estado atua enquanto órgão opressor dos indivíduos, mas também que outros particulares podem agir nesse sentido, como os violadores dos direitos mais caros aos cidadãos.

Como é de conhecimento geral, em tempos passados existiam dúvidas acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas atualmente já conseguimos superar esse questionamento e isso se deve a uma questão de lógica, pois se de um lado sabemos que o Estado possui o poder de provocar lesões a terceiros durante suas atividades, de outro lado, também sabemos que ele não é o único que possui essa capacidade, podemos constatar portanto, que os particulares podem ultrapassar os limites de sua liberdade e interferir na vida do outro, provocando prejuízos aos direitos fundamentais deste.

Ante o exposto, resta indiscutível que os direitos fundamentais devem ser aplicados também nas relações privadas, já que, nesse ambiente os particulares também estão suscetíveis a ocasionar lesões a outrem e ao mesmo tempo terem seus direitos violados, sendo assim, nada mais justo do que estender a sua aplicação aos particulares, uma vez que, dessa maneira, conseguirá limitar e conseqüentemente proteger um particular contra as possíveis arbitrariedades que o outro poderá provocar-lhe, evitando que os direitos fundamentais deles sejam violados.

Neste diapasão, CUNHA JÚNIOR apud in FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 42) menciona:

(...) o “fenômeno da constitucionalização do Direito Civil tem gerado, como importante consequência, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas”. Assim, continua o mestre baiano, vem a se esclarecer que “os direitos fundamentais não são direitos apenas oponíveis aos poderes públicos, irradiando efeitos também no âmbito das relações particulares, circunstância que autoriza o particular a sacar diretamente da Constituição um direito ou uma garantia fundamental para opô-lo a outro particular.”

Ademais, verifica-se que, a constitucionalização do direito civil possibilitou que os direitos fundamentais fossem aplicados inclusive nas relações privadas, ultrapassando a esfera unicamente dos poderes públicos, como ocorrera no passado. Diante do exposto, fica nítido que essa modificação é extremamente benéfica ao particular, uma vez que, confere a este a oportunidade de valer-se de qualquer dispositivo da CF/88 para defender seus direitos fundamentais, o intuito portanto, foi coibir a atitude daquele que possa acarretar prejuízos a outrem, ferindo sua dignidade humana.

Vale frisar, a eficácia horizontal é um meio de promover a proteção da dignidade da pessoa humana, haja vista que, permite ao particular a possibilidade de invocar qualquer direito fundamental insculpido dentro da nossa Carta Magna para utilizá-lo contra aquele que venha a ameaçar ou violar esses seus direitos, deste modo, o particular fará cessar essa violação ou ameaça, fazendo predominar seus direitos fundamentais, que devem prevalecer a qualquer custo, não existindo justificativas que fundamentem a sua violação, sendo esses, diretos que todo cidadão possui e que devem ser respeitados por todos, sem exceções.

Em suma, “Essa horizontalização dos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares” (TARTUCE, 2017, p. 58). Desta maneira, podemos perceber que a eficácia horizontal teve a sensibilidade de se preocupar em resguardar os direitos da pessoa humana de possíveis lesões que pudessem ser cometidas nas relações privadas, possibilitando a interferência nessa área tão íntima do ser humano, para conseguir dissipar qualquer possibilidade de lesão aos direitos fundamentais.

Em consonância com o exposto, é importante trazer à baila importantes considerações acerca do tema, deste modo, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 44) destacam:

É bem verdade que essa aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas trará consigo a mitigação do princípio da autonomia da vontade (liberdade de contratar), que sempre norteou o Direito Civil. Todavia, sem dúvida, já é tempo de reconhecer que a autonomia privada não pode implicar na violação das garantias fundamentais que materializam a própria dignidade humana. Não se pode, pois, tolerar que uma parte venha, através de contratos e negócios em geral, atentar contra as garantias básicas da outra.

Diante disso, podemos extrair que os direitos fundamentais encontram-se em uma posição de superioridade, devendo prevalecer em todas as relações humanas, tanto é assim, que permite a restrição da vontade do indivíduo nas relações privadas, isso quer dizer, que a liberdade do particular que antes era absoluta durante a realização de um negócio, não mais subsiste, tendo em vista que, poderá ser relativizada naquelas situações em que os direitos fundamentais de terceiros possam ser violados em virtude deste negócio, sendo este o motivo que justifica a possibilidade de impor limites a vontade do particular.

Neste diapasão, apesar de sabermos que na vida privada o indivíduo possui o direito de decidir o que é melhor para si, fica nítido que, essa liberdade não poderá ser ilimitada e isso se justifica pelo fato de vivermos em sociedade e pela necessidade de que haja uma harmonia nessa relação. Deste modo, quando a liberdade de uma pessoa ultrapassar os limites de sua vida privada e refletir efeitos sobre outros particulares, a liberdade daquele poderá ser restringida, com o intuito de evitar que os direitos fundamentais deste último sejam violados.

Portanto, podemos compreender que os direitos fundamentais embasam a possibilidade de restringir a liberdade daquele indivíduo que exercendo esse direito, ameaça violar os direitos fundamentais de terceiros, percebe-se assim, que o objetivo precípua encontra-se em evitar o absurdo de se admitir o desrespeito a dignidade da pessoa humana somente porque a vontade de um indivíduo deve ser preservada a qualquer custo, mesmo que isso traga prejuízos a terceiros e afronte diretamente um dos princípios mais importantes de nossa Carta Magna.

Não obstante todo o exposto, surge a seguinte indagação: a liberdade também é um direito fundamental segundo a CF/88 (art. 5º) deste modo, o que justificaria a possibilidade de sua mitigação?

Ademais, é pertinente trazer à baila o entendimento de ALEXY (2008, p. 296):

(...) Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão.

De acordo com este raciocínio, podemos extrair que um direito fundamental somente poderá ser limitado quando, existir dois princípios em conflito e for possível atribuir a um deles um valor mais elevado do que o do próprio direito fundamental que encontra-se em debate. Desta forma, nota-se que, deverá prevalecer aquele princípio que for atribuído maior valor, mesmo que isso signifique a imposição de uma limitação a um outro direito fundamental.

Corroborando com o exposto, "nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada". Isso decorre "da única restrição realmente 'imaneente': a sua natureza jurídica" (MÜLLER apud in ALEXY, 2008, p. 310).

Outrossim, fica cristalino que até mesmo os direitos fundamentais que são tidos como os mais importantes de nosso ordenamento jurídico podem sofrer limitações, não existindo, portanto, direito fundamental cuja aplicação seja absoluta e que não possa ser afastado sob hipótese nenhuma, sendo está uma condição inerente a sua própria natureza.

Essa circunstância mostra-se extremamente benéfica, uma vez que, possibilita que levemos em consideração as peculiaridades do caso concreto, para que a partir disso possamos analisar quais os princípios em conflito e qual deverá prevalecer por possuir maior peso. Vale frisar, essa possibilidade de restringir um direito fundamental em face do outro propicia que o direito seja mais justo, pois o peso de um princípio sempre irá oscilar, a depender de quais interesses estejam em pauta, logo, se um determinado princípio for considerado mais importante em relação a um determinado caso, pode não ser para o outro, portanto, resta incontestado que essa possibilidade de limitação de um direito fundamental, é uma maneira de tornar a aplicação do direito mais justa, levando em consideração as particularidades de cada situação.

Deste modo, com o intuito de melhor elucidar o que foi exposto, podemos mencionar como exemplo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que vemos a possibilidade de restrição de direitos fundamentais, visto que, temos o conflito entre a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana, aqui segundo o processo da eficácia horizontal deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que, seria um absurdo permitir que um indivíduo a pretexto de estar exercendo um direito fundamental (que é o direito à liberdade, com previsão no art. 5º, caput da CF/88) pudesse se aproveitar desse seu direito e provocar prejuízos a terceiros, somente porque um direito fundamental não pode ser limitado em face do outro, mesmo que isso acarrete prejuízos a outrem.

Em suma, podemos extrair que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem evitar que um indivíduo exercendo seu direito fundamental de liberdade no âmbito de sua vida privada possa ultrapassar os limites e eventualmente provocar lesões a outros particulares, ferindo a dignidade da pessoa humana, que *in casu*, é um direito que possui mais peso que a liberdade, isso não significa que a liberdade será totalmente mitigada, não é isso, somente será restringido o excesso, quando este ultrapassar a esfera da vida privada de um sujeito e passar a ferir a dignidade humana de outros, é importante destacar que isso somente é possível porque os direitos fundamentais podem ser limitados.

Ademais, é importante abrir um parêntese para explicar que apesar de existir a possibilidade de se limitar os direitos fundamentais, tal restrição não poderá ocorrer de qualquer maneira, devendo obedecer obrigatoriamente a um requisito, que é imprescindível para conferir-lhe validade, desta forma, se acaso não houver observância de tal exigência, a aludida alteração restará seriamente prejudicada, não podendo cumprir com o seu objetivo de limitar os direitos fundamentais, frise-se, essa foi uma forma encontrada para impor limites no momento de realizar restrições a esses direitos tão importantes para garantir a dignidade humana, evitando assim, que se crie restrições desenfreadas.

Neste sentido, é essencial esclarecer que “(...) normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição” (ALEXY, 2008, p. 281). De acordo com o exposto, podemos compreender que apesar de ser admitida a possibilidade de impor limites aos direitos fundamentais, para que essa restrição tenha validade em nosso ordenamento jurídico e consequentemente produza efeitos no mesmo, ela deverá obrigatoriamente estar em consonância com a nossa Carta Magna.

Vale frisar, nossa CF/88 possui o status mais elevado, vinculando todas as demais normas infraconstitucionais, que devem estar em consonância com a mesma, portanto, já que as normas com status inferiores a CF/88 devem obediência a ela, nada mais justo que as restrições aos direitos fundamentais sejam feitas também em consonância com a nossa Constituição.

À vista do exposto, podemos concluir que é pacífico o entendimento de que as normas podem criar limitações aos direitos fundamentais e isso é de extrema importância para garantir o equilíbrio nas relações humanas, pois conforme já demonstrado, a aplicação de um princípio de direito fundamental poderá ter que ceder lugar a outro mais importante, quando houver conflitos entre eles. Todavia, percebe-se que, essa possibilidade de impor limites aos direitos fundamentais apenas poderá ocorrer se estiver de acordo com a nossa Constituição, ou seja, se eventualmente for criada uma restrição que não esteja em consonância com a CF/88 está não poderá produzir efeitos em nosso ordenamento jurídico, fica cristalino portanto, que a obediência a Constituição Federal é uma condicionante que irá determinar se a limitação terá validade ou não.

2 DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS E AS RESTRIÇÕES

Como sabemos, o casamento é um evento natural que ocorre na vida da grande maioria das pessoas e que acarreta diversas mudanças na vida dos cônjuges, que vão muito além da simples convivência, visto que, apesar do afeto ser elemento essencial para a constituição de uma nova família, existem outras questões que não devem ser deixadas de lado, por serem de suma importância para a própria sobrevivência humana, sendo assim, tanto o casamento como a união estável geram deveres e obrigações de um cônjuge perante o outro, pormenorizadamente, um sujeito deve ajudar o outro, deve haver a cooperação entre eles, pois temos aqui um entrelaçamento de vidas e por este motivo ambos devem contribuir para manter essa nova família.

Como decorrência disso, surge a preocupação com a questão patrimonial referente aos cônjuges, dado que, se o casamento gera o entrelaçamento de vidas, é cristalino que em algum momento desta convivência poderá ocorrer a confusão patrimonial, onde os sujeitos não saberão se o patrimônio lhe pertence ou pertence ao seu cônjuge e foi justamente com o intuito de evitar esse inconveniente que o legislador criou os regimes de bens, que passaremos a estudar detidamente a partir deste momento.

Neste sentido, DIAS (2016, p. 513) expõe:

Quando do casamento, é indispensável que esteja definido o regime de bens que irá reger as questões patrimoniais dos consortes. É necessária a existência de um regime de bens, pois o matrimônio não pode subsistir sem ele.

Assim, percebe-se que, a escolha do regime de bens é de extrema importância quando dois indivíduos decidem se casar, tendo em vista que, é a partir dele que iremos coibir a confusão de patrimônios no momento de um possível divórcio e poderemos identificar com exatidão o patrimônio que pertence a cada um, facilitando portanto, a divisão do patrimônio ao fim do casamento, por isso, que o casamento não poderá existir sem que os cônjuges escolham um regime de bens para disciplinar a vida em comum.

Em consonância com o exposto, é pertinente trazer à baila o entendimento de DIAS (2016, p. 513-514):

Salvo algumas raras e inconstitucionais exceções (CC 1.641), os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre seus bens (CC 1.639). Não impõe a lei qualquer restrição, assegurando plena liberdade aos futuros cônjuges para fazer as estipulações que desejarem. Não estão condicionados às sugestões legais. Não há a imposição de obrigatoriamente escolherem um dos regimes disponibilizados pelo legislador. Não limita a autonomia de vontade a assertiva constante do texto legal (CC 1.640 parágrafo único): poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. Tampouco estão os noivos sujeitos a mesclarem, no máximo, dois ou mais regimes dentre os legalmente previstos. Tal restrição configuraria flagrante afronta ao princípio da

autonomia da vontade. Livres são os nubentes, podendo estabelecer um regime peculiar.

Ademais, podemos extrair que como regra geral, os nubentes podem escolher livremente o regime de bens que julgarem mais conveniente para reger a vida durante o casamento, isso decorre do fato de que a lei não determina limitações quanto ao exercício dessa liberdade, pelo contrário, o Código Civil de 2002 em seu art. 1.639, autoriza que os indivíduos escolham o regime que desejarem.

Desta forma, fica em evidência que essa liberalidade visa dar as partes a oportunidade de escolher aquilo que julgarem mais apropriado para conduzir a destinação de seus respectivos patrimônios, afinal de contas, nada mais justo de que permitir que as próprias partes decidam qual o fim dar ao patrimônio que lutou tanto para conseguir, por isso, podemos dizer que andou bem o legislador ao criar o referido dispositivo, pois cada um possui uma percepção sobre o seu próprio patrimônio. Logo, se para um determinado sujeito dividir os bens adquiridos durante sua vida de solteiro parece algo totalmente descabido, para outro pode ser algo adequado, uma forma de demonstrar o seu amor pelo outro.

Não obstante todo o exposto, podemos perceber que apesar da liberdade de poder escolher qualquer regime de bens para reger a vida em comum, os nubentes não podem ser forçados a adotarem um regime pré-estipulado pelo legislador, portanto, podem criar um regime próprio de bens para regular a vida de casados, uma vez que, o objetivo precípua que fica em evidência é a proteção da autonomia da vontade e admitir que os mesmos escolhessem somente dentro das possibilidades dadas pelo CC/2002 seria uma clara limitação aos anseios dos noivos.

Vale frisar, os noivos antes do casamento vão estipular o modo como o patrimônio vai ser tratado no decorrer do matrimônio, para evitar que no desenrolar dele surjam dúvidas e eventuais desentendimentos acerca de quem é o proprietário de um determinado bem, logo, por sua complexidade e para melhor atender aos anseios individuais dos noivos, permite-se que, criem um modelo próprio de regime de bens que considerem ser mais apropriado para atender o que desejam e por outro lado, também evita que haja conflitos na divisão dos bens, acaso ocorra um divórcio. Todavia, é importante destacar que a liberdade de escolher um regime de bens não é absoluta, existindo algumas raras situações em que o próprio legislador impõe o regime que acredita ser o mais apropriado aos noivos.

Deste modo, retomando a questão da autonomia dos nubentes, é pertinente mencionar o entendimento de MADALENO (2017, p.1.061):

(...) A variação dos regimes permite aos cônjuges ou conviventes não apenas escolher dentre os quatro regimes primários de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial de bens, comunhão universal; separação total de bens e participação final nos aquestos),

mas podendo mesclar esses regimes, e dessa forma personalizar as suas necessidades e pretensões. (...)

Diante do exposto, podemos observar que a liberdade dos noivos não se limita a escolha dos regimes de bens ofertados pelo CC/2002, que são eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação total de bens e participação final nos aquestos. Portanto, percebe-se que, se os noivos desejarem, poderão combinar esses regimes de bens, criando um modelo próprio que melhor se amolde ao que precisam, isso se justifica pelo fato de que, podem ocorrer situações em que os regimes estipulados pelo legislador não atendam as expectativas dos noivos, desta forma, justamente com o intuito de dissipar esse tipo de situação que se privilegia a vontade dos noivos em detrimento dos regimes estipulados pelo atual Código Civil.

Neste momento, passaremos a analisar quais são os regimes de bens estipulados pelo CC/2002.

Primeiramente, temos o regime da comunhão universal de bens, em que o patrimônio existente antes do casamento passa a ser de ambos os consortes, assim como aquele que for adquirido no decorrer do matrimônio, que deverá ser dividido de maneira igual para ambos os cônjuges, quando sobrevier o divórcio (DIAS, 2016, p. 516). Desta maneira, podemos extrair que nesse regime, tanto os bens adquiridos anteriormente ao casamento quanto aqueles adquiridos no decorrer dele, pertence igualmente a ambos os cônjuges e por esse motivo, devem ser divididos meio a meio se eventualmente ocorrer um divórcio.

Já na comunhão parcial de bens, os bens particulares dos cônjuges, isto é, aqueles adquiridos antes do casamento, continuam sendo de cada um e ocorrendo o divórcio, somente será dividido os aquestos, que são aqueles bens que foram auferidos durante o casamento, assim sendo, cada um terá direito a metade dos bens adquiridos durante o matrimônio (DIAS, 2016, p. 516). Nota-se aqui, que cada cônjuge continua com os seus bens particulares, que foram adquiridos antes da realização do casamento, devendo ocorrer a divisão tão somente daqueles bens que foram conquistados durante a convivência do casal, ou seja, cada um ficará com seus bens particulares mais metade do que foi ganho pelo esforço do casal, quando ocorrer um possível divórcio.

Temos também, o regime da separação convencional, onde não existem bens a serem divididos, isso ocorre porque, cada cônjuge continua com seus bens particulares, independentemente de terem sido adquiridos antes do casamento ou na constância do mesmo (DIAS, 2016, p. 516). É nítido que neste modelo de regime de bens, não existe a possibilidade de divisão de bens, uma vez que, cada um dos cônjuges continua sendo titular de seus próprios

bens, tenham sido eles adquiridos antes do casamento ou não, não existe, portanto, um entrelaçamento de patrimônios, somente de vidas.

Por fim, porém não menos importante, temos o regime da participação final nos aquestos, em que temos os bens particulares que cada um possuía antes do casamento, os bens que cada um adquiriu em nome próprio durante a constância do casamento e os bens comuns que foram adquiridos no decorrer do matrimônio. Vale frisar, se ocorrer um divórcio, cada cônjuge ficará com os bens particulares adquiridos antes do casamento e metade daqueles bens adquiridos durante o matrimônio e com relação aos bens particulares adquiridos durante o casamento, deverá ocorrer uma compensação de valores (DIAS, 2016, p. 516-517).

Percebe-se que, no regime da participação final nos aquestos, os cônjuges continuarão sendo titulares daqueles bens que foram adquiridos antes do casamento, não podendo esse patrimônio entrar na divisão de bens se eventualmente ocorrer um divórcio, esse mesmo entendimento se aplica aos bens particulares que foram adquiridos na constância do casamento em nome próprio, cada um ficará com seus próprios bens, podendo aplicar tão somente a compensação sobre esses bens, ou seja, se um adquiriu mais bens particulares que o outro, poderá ocorrer a compensação com o intuito de evitar que a outra parte sofra prejuízos em detrimento daquele que auferiu mais bens e no tocante aqueles que foram adquiridos durante o matrimônio por ambos, deverá ser dividido igualmente entre os dois.

Não obstante todo o exposto, é importante trazer à baila que a liberdade dos nubentes com relação a escolha do regime de bens não é absoluta. Neste sentido, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 277) mencionam:

Por força de circunstâncias (pretensamente) de ordem pública, reputadas relevantes em razão da alegada proteção de algumas pessoas ou de determinadas situações, relativiza-se, no art. 1.641 do Código Civil, a liberdade de escolha do regime patrimonial do casamento, impondo aos nubentes um regime específico: o da separação obrigatória de bens.

Podemos perceber que, em algumas situações específicas os nubentes serão impedidos de escolherem livremente o regime de bens que julgarem mais apropriado para reger a questão patrimonial durante o casamento, sendo assim, será aplicado a eles o regime da separação obrigatória de bens, que encontra previsão no art. 1.641 do CC/2002. A justificativa para tal restrição encontra-se no fato de que existem alguns grupos de pessoas que merecem ser protegidas e a mitigação da liberdade de escolha no momento de adotar um regime de bens conseguiria fazer com que esse intento fosse atingido

Neste sentido, vejamos o que prevê o CC/2002:

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 judicial.

Outrossim, fica cristalino que se existir alguma causa suspensiva e mesmo assim, o indivíduo quiser prosseguir com seu objetivo de se casar, não poderá escolher livremente o regime que acredita ser o mais apropriado, aplicando-se a ele o regime da separação obrigatória de bens, tal regime também será aplicado aos maiores de 70 anos e aos que precisarem de autorização judicial para se casar. Vale frisar, essas restrições são baseadas na necessidade de se proteger alguém, adiante, aprofundaremos nesta temática, com o intuito de melhor elucidar essa questão.

Tecendo comentários acerca da matéria, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 278) expõem:

A primeira hipótese submetida ao regime obrigatório é o casamento com violação de uma das causas suspensivas, previstas no art. 1.523 do Código Reale. Relembrando o que se disse alhures, as causas suspensivas são circunstâncias nas quais não devem as partes casar com a finalidade de tutelar o interesse patrimonial de terceiros ou preservar a presunção relativa de paternidade decorrente do casamento. São, em verdade, situações objetivamente contempladas na lei, impondo a adoção do regime obrigatório de separação de bens com o propósito de não prejudicar determinados interesses pecuniários dos filhos do falecido (quando o cônjuge viúvo ainda não fez a partilha dos bens comuns ou quando a ex-esposa pretende se casar antes do término do prazo de presunção de paternidade, que é de 300 dias), do divorciado (quando o seu ex-consorte quer casar sem realizar a prévia partilha de bens) e do tutelado e curatelado (quando o seu tutor ou curador poderia se aproveitar do múnus). Apesar da (péssima) nomenclatura emprestada, a ocorrência de uma das causas suspensivas não implica em suspensão da habilitação ou da celebração e, tampouco, da eficácia do casamento. Trata-se de mera restrição à liberdade de escolha do regime de bens.

Fica nítido que o objetivo que se busca atingir ao impor o regime da separação obrigatória de bens aquelas hipóteses elencadas no art. 1.523 do CC/2002, que tratam das causas suspensivas, encontram-se em resguardar os interesses de terceiros, que podem sofrer prejuízos em virtude deste novo casamento, por isso, é relevante que se imponha limites.

Desta maneira, fica cristalino, que os indivíduos não estão impedidos de se casar, não é isso, poderão se casar livremente, apenas não poderão escolher o regime que julgarem mais conveniente, já que, essa liberdade poderia supostamente provocar prejuízos ao patrimônio de outros indivíduos, em razão disso, impõe o legislador o regime da separação obrigatória de bens.

Consequentemente, será aplicado o regime da separação obrigatória de bens aquela situação em que o viúvo deseja se casar novamente antes de realizar a partilha de bens do casamento anterior, o objetivo aqui encontra-se em proteger os interesses dos filhos do falecido, evitando que ocorra a confusão patrimonial, pois se não existisse essa restrição e o viúvo no momento de escolher o regime de bens para ser aplicado ao novo matrimônio optasse pelo

regime da comunhão universal de bens, poderia burlar facilmente a lei e evitar que os herdeiros do falecido recebessem o patrimônio que lhes foi deixado pelo genitor, já que todos os bens do viúvo, inclusive os adquiridos durante o esforço comum com o falecido passariam a pertencer igualmente ao novo cônjuge, foi com o intuito de evitar esse inconveniente que o legislador optou por impor a separação obrigatória, evitando assim a confusão patrimonial.

Da mesma maneira, se aplicará o regime da separação de bens a ex-cônjuge que deseje se casar novamente antes de decorrido os 300 dias do término do casamento, uma vez que, dentro desse lapso temporal existe a presunção de paternidade, portanto, presume-se que, o filho que nascer dentro desse prazo seja fruto do outro casamento e foi justamente com o intuito de resguardar os direitos patrimoniais dessa criança que foi imposto tal regime a genitora.

Adiante, se eventualmente a pessoa divorciada quiser adquirir novo matrimônio antes que tenha ocorrido a partilha de bens, também deverá se casar sob o regime da separação obrigatória de bens, haja vista que, visa evitar que aconteça a confusão patrimonial, não admitindo que os bens adquiridos por esforço comum do outro casamento, passem a integrar o patrimônio do novo casamento, admitir tal situação, seria admitir que o outro cônjuge divorciado sofresse prejuízos.

Por fim, o regime ora em estudo será igualmente aplicado aquelas pessoas que forem tutores ou curadores daquela com quem pretendem contrair matrimônio, evitando que a pessoa se valendo de seu encargo possa utilizar do casamento para obter proveito econômico, provocando a ruína do tutelado ou curatelado. Vale frisar, os tutores e curadores possuem o dever de zelar pelo bem-estar do tutelado ou curatelado, administrado inclusive seus bens, portanto, já que administram os bens dessas pessoas, poderiam se casar com o objetivo de obter proveito econômico, se aproveitando da facilidade que possuem em acessar os bens das pessoas que encontram-se sob seus cuidados.

Neste momento, é pertinente abrir um parêntese para explicar que se os nubentes conseguirem demonstrar que a realização de novo casamento não irá acarretar prejuízos aquelas pessoas elencadas nos incisos do art. 1.523 do CC/2002, poderá ser afastada a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens, além disso, nos dias atuais já possuímos o exame de DNA, que ajuda na identificação genética e os registros públicos que constam as datas em que os bens móveis e imóveis foram adquiridos, portanto, não há que se falar em confusão patrimonial dos bens que serão herdados pelos herdeiros (MADALENO, 2017, p. 138).

Outrossim, podemos depreender que já que o objetivo do art. 1.641, I, do CC é proteger um determinado grupo de pessoas, sendo esse o motivo que justifica a imposição do regime da separação obrigatória de bens, é coerente a autorização constante do P.Ú do art. 1.523 do

CC/2002 que torna viável o afastamento do regime ora em estudo se os noivos conseguirem comprovar que o novo casamento não irá provocar prejuízos aos terceiros interessados.

Ademais, nos dias atuais já contamos com o auxílio do exame de DNA e com os registros públicos que nos possibilitam saber com certeza, o momento em que um bem móvel ou imóvel foi adquirido, logo, o regime da separação obrigatória não se sustenta nesses casos, já que conseguimos identificar o momento em que o bem foi adquirido, se foi no decorrer do casamento que se desfez compondo os bens a serem partilhados, sendo assim, não existe mais confusão patrimonial, não podendo esse regime ser imposto com o fito de evitar um problema que inexistente, uma vez que, podemos saber com exatidão quais bens deverão ser partilhados, esses não irão se misturar com o patrimônio do novo cônjuge.

Além disso, DIAS (2016, p. 549) destaca:

Satisfeita a condição das causas suspensivas, não há como obrigar os cônjuges a permanecerem casados sob o regime da separação legal de bens. É lícito que lhes seja permitido alterá-lo, quando e como bem entenderem, após satisfeita a condição que gerou a causa suspensiva.

Fica cristalino que, uma vez superada a causa suspensiva, isto é, assim que a causa que embasava a imposição do regime da separação obrigatória de bens desaparecer, poderão os cônjuges alterar esse regime de bens, escolhendo aquele que julgarem mais conveniente. Percebe-se que, a imposição da separação de bens não vigorará até o fim do casamento dos cônjuges no caso das causas suspensivas, produzirão efeitos tão somente com o intuito de evitar a confusão patrimonial, a partir do momento em que não haver mais a possibilidade de ocorrer essa confusão, poderão as partes modificar o regime de bens.

Adiante, passaremos a analisar o art. 1.641, II, do CC que impõe o regime da separação obrigatória de bens aos nubentes que contarem com mais de 70 anos de idade, portanto, esse grupo de pessoas também possuem a liberdade de escolha relativa ao regime de bens mitigada, devendo obedecer ao regime escolhido pelo legislador.

Nesta oportunidade, é pertinente trazer o entendimento de DIAS (2016, p. 546) sobre o tema:

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção. (...)

À vista do exposto, podemos compreender que dentre as hipóteses que o legislador impôs o regime da separação de bens, aquela que diz respeito aos noivos maiores de 70 anos é considerada a hipótese mais absurda, uma vez que, baseia a restrição da liberdade de escolha do regime de bens na idade, com o pretexto de proteger esse grupo de pessoas, todavia, fica em

evidência que essa justificativa não se sustenta, pelo contrário, configura-se em verdadeira punição aos idosos que desejam contrair matrimônio.

Neste mesmo sentido, DIAS (2016, p. 546) complementa:

Trata-se de presunção juris et de jure de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Nota-se que, ao aplicar o regime da separação obrigatória de bens aos noivos maiores de 70 anos, o legislador está presumindo a incapacidade mental dessas pessoas, pois não existe um conjunto de provas que de fato demonstrem que esses indivíduos possuem essa incapacidade, logo, presume que todos os maiores de 70 anos são incapazes mentalmente, não admitindo se quer a prova em sentido contrário e com base nisso impõe o regime ora em estudo, mitigando a liberdade de escolha relativa ao regime de bens a ser adotado durante o casamento.

Diferentemente do caso apresentado alhures que admitia o afastamento do regime da separação de bens, se acaso o indivíduo conseguisse demonstrar que a escolha do regime não causaria prejuízos a terceiros ou que a causa suspensiva havia desaparecido, que tornava possível a alteração do regime da separação obrigatória, aqui isso não é possível, assim, mesmo que o maior de 70 anos demonstre a sua lucidez por meio de provas contundentes, não poderá afastar esse regime de bens, já que o legislador não criou nenhum dispositivo que possibilitasse a modificação deste regime, logo, o mesmo irá prevalecer até o fim da vida dos cônjuges maiores de 70 anos. Vale frisar, essa hipótese é incompatível com aquela apresentada no início que prevê a possibilidade de alteração.

Neste mesmo sentido, PEREIRA apud in FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 279) aduz:

(...) a separação obrigatória “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 nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir.”

A partir do exposto, podemos extrair que a mitigação da liberdade de escolha dos noivos maiores de 70 anos quanto ao regime de bens, não pode se basear no fundamento de que tal restrição visa proteger o patrimônio deste grupo de pessoas em face daqueles que buscam se casar com o intuito de obter proveito econômico, pois o casamento baseado no interesse não se restringe tão somente aos indivíduos maiores de 70 anos, podendo ocorrer em qualquer faixa etária, sendo assim, porquê a restrição se aplica somente aos maiores de 70 anos, se indivíduos de outras faixas etárias também são passíveis de sofrer prejuízos financeiros decorrentes de

matrimônio baseado na cobiça? A priori, parece não existir resposta plausível que justifique tal situação.

Adiante, temos a terceira hipótese em que é aplicado o regime da separação obrigatória de bens, assim, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 281) preceituam:

Em terceiro lugar, também se impõe o regime da separação para as pessoas que necessitam de alguma autorização (suprimento) judicial para casar. (...) (para os nubentes cuja idade está entre os 16 e os 18 anos de idade, mas que não obtiveram o consentimento de seus pais).

Verifica-se, pois, que aqueles noivos que tiverem entre 16 e 18 anos e que não conseguiram obter a anuência de seus pais para que o casamento pudesse acontecer, necessitando assim de uma permissão judicial para que o matrimônio se realize, também não poderão escolher livremente o regime de bens que será aplicado em seu casamento, haja vista que, impõe-lhe o legislador o regime da separação de bens.

Tal limitação, assim como a imposta aos maiores de 70 anos não se sustenta, uma vez que, o casamento nessas hipóteses somente se realiza se houver a autorização do magistrado, após ouvido o Ministério Público (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 281). Logo, podemos extrair que, quando houver a anuência para que o casamento se realize, significa dizer que, tanto o juiz como o Ministério Público analisaram se de fato essa era a melhor opção, que atendia aos interesses dos menores, sendo assim, não há razão que justifique a imposição da separação obrigatória a esse grupo de pessoas, pois se fosse detectado alguma irregularidade teriam decidido em sentido contrário, uma vez que, zelam pelo melhor interesse desse grupo de pessoas.

Deste modo, é importante frisar que as partes interessadas poderão pleitear em juízo a modificação deste regime, quando não mais existir a causa que causou a restrição da liberdade de escolha (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 281). Nota-se que, essa possibilidade encontra-se em consonância com a primeira hipótese que apresentamos, em que a imposição do regime da separação obrigatória de bens não irá refletir efeitos durante toda a vida dos cônjuges, podendo ser afastada quando a causa que determinou a sua aplicação houver desaparecido.

Em consonância com o exposto, DIAS (2016, p. 546) aduz:

Nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém (CC 1.641 I). Além disso, a restrição é reversível. Pode o juiz excluir dita apenação (CC 1.523 parágrafo único). Essa chance não é dada aos noivos idosos. Mesmo que provem a sinceridade do seu amor, sua higidez mental ou que sequer têm família a quem deixar seus bens. Não há opção. A lei é implacável. (...)

Outrossim, percebe-se que, nas outras hipóteses em que o legislador impôs o regime da separação obrigatória de bens, conseguimos identificar a preocupação em proteger os

interesses de terceiros, o que torna aceitável a imposição deste regime, é o caso do rol do art. 1.641, I, do CC. E não obstante a aplicação deste regime a esses casos, permite-se que, o mesmo seja afastado se os nubentes demonstrarem que interesses de terceiros não serão prejudicados e além disso, permite-se a alteração deste regime nos casos em que a causa suspensiva houver sido superada. Da mesma maneira, a lei autoriza o afastamento da imposição deste regime na hipótese do art. 1.641, III, do CC, quando a causa que justificou a imposição de tal regime houver sido superada, ou seja, quando os nubentes atingirem a maioridade (18 anos).

Diante de todo exposto, fazendo um paralelo entre as demais hipóteses em que o legislador impôs o regime da separação de bens e aquela relativa aos maiores de 70 anos, conseguimos visualizar com clareza que existe uma enorme discrepância entre elas, visto que, nas demais situações o legislador permitiu que esse regime pudesse ser afastado, não conferindo igual oportunidade aos maiores de 70 anos, que devem tolerar esse regime por toda a vida. Vale frisar, mesmo que provem que são mentalmente sadios e a sinceridade de seu amor, a lei não lhes permite a escolha de outro regime de bens ou mesmo a sua modificação.

Deste modo, fazendo um paralelo entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a imposição do regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses elencadas no art. 1.641, I, do CC conseguimos visualizar que a restrição da autonomia da vontade desse grupo de pessoas é pertinente, uma vez que, a conservação da liberdade de determinadas pessoas neste caso, poderia ocasionar prejuízos financeiros a terceiros, portanto, tal restrição pode ser considerada como razoável, já que conforme vimos, a dignidade humana deve prevalecer em detrimento da autonomia da vontade. Logo, percebe-se que, a liberdade do indivíduo não será absoluta, podendo ser mitigada naquelas situações que for capaz de prejudicar terceiros, se amoldando perfeitamente ao caso em tela.

Adiante, fazendo um paralelo entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a aplicação do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, com fulcro no art. 1.641, II, do CC percebemos que a limitação da autonomia da vontade nesse caso não se sustenta, pois o objetivo da eficácia horizontal é limitar a liberdade de um sujeito, quando ela for capaz de prejudicar terceiros e nesse caso, a liberdade do maior de 70 anos quanto a escolha do regime de bens, não trará prejuízos financeiros a terceiros, a justificativa para esse argumento encontra-se no fato de que, não existe herança de pessoa viva (art. 426 CC/2002).

Neste sentido, se antes tínhamos a impressão de que a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos poderia ter o intuito de proteger a herança dos potenciais herdeiros do idoso, para evitar que um possível casamento por interesse patrimonial pudesse provocar prejuízos financeiros a família do mesmo, neste momento,

podemos afastar essa hipótese, já que o legislador foi claro ao determinar que não existe herança de pessoa viva. Portanto, não poderá a autonomia de vontade do maior de 70 anos de idade ser mitigada quando do momento da escolha do regime de bens, com o objetivo de proteger o patrimônio para a família do mesmo, sim a família, pois sequer podemos falar em herdeiros, posto que inexistente herança, pois o idoso ainda está vivo.

Vale frisar, não se pode proteger algo que inexistente, logo, fica cristalino que o casamento do maior de 70 anos não poderá sofrer limitações para preservar interesses financeiros de terceiros, uma vez que, a lei é expressa ao proibir negociações envolvendo herança de pessoa viva, amoldando-se perfeitamente ao caso em tela.

Por outro lado, temos ainda o argumento de que o legislador ao impor o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, teve por objetivo proteger essas pessoas do casamento por interesse, todavia, com base no que foi apresentado anteriormente, podemos notar que esse casamento com objetivos de obter proveito econômico não se restringe somente aos maiores de 70 anos, estando todas as faixas etárias sujeitas a esse tipo de situação. Logo, se o fito do legislador é no sentido de proteger as pessoas desse interesse patrimonial, deveria estender a todos esse tratamento.

Além disso, não pode ser utilizado o fundamento de que o idoso possui a capacidade mental reduzida e por isso merece especial proteção, uma vez que, o legislador impede que o sujeito prove que está em pleno gozo de suas faculdades mentais e consequentemente possa afastar o regime que lhe é imposto.

Por fim, fazendo um paralelo entre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a hipótese elencada no art. 1.641, III, do CC podemos perceber que a mitigação da liberdade de escolha do regime de bens não possui o objetivo de evitar prejuízos a terceiros, o objetivo do legislador pode ter sido no sentido de proteger os interesses patrimoniais dos próprios menores, todavia, conforme observamos anteriormente, o magistrado somente autorizará o casamento após o Ministério Público se pronunciar. Deste modo, percebe-se que, já que não há terceiros que possam ser prejudicados em detrimento da autonomia da vontade desses nubentes e os órgãos judiciais envolvidos zelam pelo melhor interesse dos menores, observa-se que, se fosse constatado algum tipo de interesse econômico por parte de qualquer um dos nubentes, esse casamento não seria autorizado, logo, não existe embasamento para continuar a impor esse regime de bens a esse grupo de pessoas.

Podemos concluir que, apesar dessa última hipótese ser aparentemente absurda, ela poderá ser afastada quando esse grupo de pessoas (que possuem entre 16 e 18 anos e que não obtiveram anuência dos pais para se casar, dependendo de autorização judicial) completarem a

maioridade, por outro lado, não permitiu o legislador que os maiores de 70 anos pudessem modificar o regime de bens que lhes foi imposto.

3 É INCONSTITUCIONAL O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS?

Como é sabido, o maior de 70 anos não possui o direito de escolher livremente o regime de bens que deseja para ser aplicado em seu casamento, isso se justifica porque o legislador acreditou ser pertinente impor-lhe o regime da separação de bens. Todavia, existem diversos debates em torno dessa temática, questionando a inconstitucionalidade desta espécie de regime de bens, (cuja previsão encontra-se no art. 1.641, II, do CC).

Deste modo, buscaremos identificar se o referido dispositivo legal possui por escopo proteger o maior de 70 anos e seu respectivo patrimônio e além disso, analisaremos se a sua aplicação cumpre com a finalidade a que se destina, nessa vereda, se for detectado que não cumpre com o propósito para o qual foi criada, passaremos a analisar se é compatível com os ditames de nossa Carta Magna ou se é inconstitucional por estar em desconformidade com a mesma, expondo detalhadamente os fundamentos que nos levaram ao resultado final.

É importante abrir um parêntese para explicar que a aplicação do regime da separação de bens baseado na idade não é um instituto novo, uma vez que, já encontrava previsão no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, no entanto, nessa época a aplicação deste regime era destinada aos homens maiores de 60 anos e as mulheres maiores de 50 anos. Posteriormente, com o advento do Código Civil de 2002, o legislador modificou esse dispositivo, cuja idade mínima passou a ser de 60 anos tanto para homens quanto para mulheres, equiparando-os, (previsão contida no art. 1.641, II, do CC). Todavia, mais uma alteração foi realizada no referido artigo, por meio da Lei nº 12.344 de 2010 que aumentou a idade para aplicação do regime da separação obrigatória para 70 anos (que é a atual redação do art. 1.641, II, do CC).

Neste sentido, devemos em um primeiro momento compreender quais são os argumentos favoráveis a aplicação do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos. Assim sendo, vejamos importantes considerações que SILVA apud in MADALENO (2017, p. 131-132) faz acerca do tema:

(...) a própria legislação impõe limites na liberdade individual, especialmente no Direito de Família, e justifica a manutenção do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, como medida de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando que o avanço da idade acarreta maiores carências afetivas e maiores riscos para quem já conta atualmente com 70 anos de idade. (...)

Diante do exposto, podemos extrair que o objetivo precípua ao se limitar a vontade dos nubentes maiores de 70 anos quando da escolha do regime de bens, encontra-se em proteger

esse grupo de pessoas e suas respectivas famílias de pessoas interesseiras, que somente almejam o casamento com o intuito de obter proveito econômico.

Além disso, fica em evidência que quanto mais velha a pessoa for ficando mais ela ficará carente de afeto e isso acaba facilitando a aproximação de pessoas interessadas em obter vantagem do patrimônio do idoso, podendo facilmente se aproveitar de sua condição para manipulá-lo e assim obter o que almejam, foi sob esse pretexto que o legislador criou esse dispositivo, com o intuito de evitar esse tipo de inconveniente.

Deste modo, pode-se afirmar que, as pessoas com vasta experiência de vida passam a ser vistas como alvos fáceis de pessoas gananciosas e diante dessa suposta vulnerabilidade, o legislador tomou medidas drásticas com o intuito de proteger o patrimônio dos maiores de 70 anos de pessoas que possuem por objetivo apenas obter vantagem econômica com o casamento (CARVALHO JÚNIOR apud in MADALENO, 2017, p. 131).

O legislador supõe que o maior de 70 anos é uma pessoa que está mais suscetível de ser vítima de um indivíduo que procura um casamento com a finalidade exclusiva de obter proveito econômico, diante deste cenário, achou por bem impor o regime da separação de bens a esse grupo de pessoas, com o intuito de coibir a prática daqueles que visam o casamento como um meio de obter vantagem e além disso, à primeira vista, parece ter buscado proteger o patrimônio do idoso (maior de 70 anos).

Em consonância com esse raciocínio, há quem mencione que o único fundamento que embasa a aplicação deste regime de bens encontra-se em evitar que os idosos sejam vítimas do conhecido golpe do baú (DIAS, p. 182). Nesse sentido, pode-se extrair que a finalidade precípua deste dispositivo encontra-se em coibir casamentos baseados exclusivamente no interesse pelos bens do outro nubente e ao que tudo indica, as pessoas somente se aproximam dos idosos com o intuito de obter vantagem, tanto é assim, que o legislador não criou nenhuma hipótese que possibilitasse a alteração ou mesmo a escolha de outro regime de bens, aparentemente, o maior de 70 anos não é capaz de despertar o amor puro e verdadeiro em outro ser humano.

Não obstante todo o exposto, MADALENO (2017, p. 132) menciona:

Imagina realmente o legislador que com as restrições de direito ao casamento do idoso estaria agindo na efetiva proteção dos seus recursos econômicos e financeiros, quando provavelmente está protegendo os interesses econômicos e financeiros dos potenciais sucessores desse idoso noivo.

Outrossim, fica nítido que apesar do legislador acreditar que está atuando na defesa do patrimônio do maior de 70 anos, na prática, a situação é bem diferente, haja vista que, pode estar resguardando o patrimônio do idoso para os possíveis herdeiros do nubente septuagenário. Situação que é totalmente descabida, pois conforme já foi demonstrado, não pode ocorrer

negociações envolvendo a herança de pessoa viva, logo, a limitação da autonomia de vontade desse grupo de pessoas não pode ser limitada com o objetivo de proteger interesses patrimoniais de sua família, se amoldando perfeitamente ao art. 426 do CC/2002 que veda essa possibilidade.

Vale frisar, os argumentos de quem defende a aplicação deste regime aos maiores de 70 anos não se sustenta, pois apesar de acreditarmos em um primeiro momento que a referida limitação poderia ser benéfica ao idoso, por protegê-lo, percebemos em um segundo momento, que na prática pode o legislador estar resguardando os interesses dos potenciais herdeiros, situação que é proibida pelo nosso ordenamento jurídico. Portanto, cáí por terra o argumento de que essa limitação tem por escopo proteger o maior de 70 anos e por outro lado, é importante destacar que não pode a justificativa desse dispositivo se amparar na defesa de interesses patrimoniais da família.

Neste momento, passaremos a analisar se o art. 1.641, II, do CC encontra-se em consonância com a nossa Carta Magna, pois recapitulando o que foi apresentado anteriormente, uma limitação a um direito fundamental, somente será possível se a norma que criou tal restrição estiver de acordo com a Constituição Federal e a partir disso, poderemos finalmente compreender se a imposição deste regime de bens aos maiores de 70 anos é inconstitucional, apresentando os fundamentos que foram utilizados para se chegar a tal entendimento.

Neste sentido, DIAS (2016, p. 1.108) aduz:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Como se pode verificar, a imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos com a consequente restrição a sua autonomia de vontade é claramente inconstitucional, uma vez que, tal dispositivo (art. 1.641, II, do CC) viola princípios fundamentais previstos em nossa Carta Magna, que são eles: a dignidade da pessoa humana, que é considerado um dos princípios mais importantes de nosso ordenamento jurídico, bem como o da igualdade e da liberdade.

Em consonância com o exposto, podemos extrair que quando o legislador criou o referido dispositivo incorreu na violação dos princípios da igualdade e da liberdade, insculpidos no bojo de nossa CF/88, haja vista que, quando impôs limitações quanto ao direito do maior de 70 anos de se autodeterminar, impedindo que o mesmo pudesse escolher livremente o regime de bens que acredita ser o mais conveniente para reger sua vida de casado, não respeitou o princípio da liberdade, que veda esse tipo de comportamento e como desdobramento dessa

imposição, violou também o princípio da igualdade, já que condiciona a aplicação do regime da separação de bens na idade.

Outrossim, criou-se, uma norma que discrimina o maior de 70 anos, que vê sua liberdade de escolha mitigada em razão da idade, situação totalmente descabida, já que a nossa CF/88 equipara todos os seres humanos, colocando-os em condição de igualdade, logo, todos são igualmente detentores de direitos, assim sendo, se as demais pessoas é assegurado o direito de escolher qualquer regime de bens que desejarem, tal possibilidade também deve ser dada aos nubentes idosos, visto que, todos são detentores de iguais direitos, não podendo uma norma infraconstitucional desrespeitar nossa Carta Magna.

Nesta esteira, MADALENO (2017, p. 125) menciona:

Dispõe a Carta Política de 1988, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, proibindo qualquer forma de discriminação em razão do sexo, da cor ou da idade das pessoas (CF, art. 3º, inc. IV). Desse modo, a idade não pode sob qualquer pretexto constituir-se em fato de restrição aos fundamentos do Estado de Direito; e tanto isso é verdade, que o artigo 5º da Carta Federal ressalta a equalização de todos perante a lei.

Desse modo, com base no princípio da igualdade que encontra previsão no art. 5º da CF/88 podemos perceber que, o legislador se preocupou em destacar que todos os indivíduos são iguais perante a lei, ou seja, merecem igual tratamento, sendo vedado quaisquer tipos de discriminações, principalmente aquelas que se baseiem no sexo ou na idade do indivíduo e que se amolda perfeitamente ao caso em tela, já que o art. 1.641, II, do CC não respeita esse dispositivo, pelo contrário, limita a liberdade do indivíduo com base na idade que este atingiu. Esse tipo de situação não pode ocorrer, pois a idade não pode ser utilizada como fundamento para impedir que o indivíduo tenha acesso aos direitos fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal de 1988.

Neste momento, podemos identificar que a limitação que está sendo objeto de nosso estudo não pode ocorrer, tendo em vista que, apesar de impor limites à alguns direitos fundamentais, não poderia fazê-lo, já que, não obedece ao requisito principal para ter validade em nosso ordenamento jurídico. Vale frisar, a referida restrição não está de acordo com os ditames de nossa Constituição Federal de 1988, pelo contrário, vai em sentido diametralmente oposto, violando-a. Logo, se não obedece o quesito principal para impor restrições aos direitos fundamentais, não pode ser aplicada em nosso ordenamento jurídico.

Neste mesmo sentido, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 281) mencionam:

A melhor orientação, portanto, é reconhecer que “a norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta

Magna (art. 1º, III, da CF). Isso porque introduz 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”, como consta do Enunciado 125 da Jornada de Direito Civil.

Outrossim, fica em evidência que todo dispositivo que restringe a autonomia de vontade do indivíduo em razão de sua idade é claramente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que está insculpido em nossa CF/88, especificamente em seu art. 1º, inciso III. Essa inconstitucionalidade ocorre porque o referido dispositivo é nitidamente discriminatório, uma vez que, limita a autonomia de vontade do indivíduo com base em sua idade, existe, portanto, uma presunção absoluta de incapacidade com relação ao direito de escolher o regime de bens para surtir efeitos durante o casamento. Isto quer dizer, que mesmo que o sujeito demonstre sua plena capacidade mental, não poderá afastar esse regime de bens, já que não admite a prova em sentido contrário.

Corroborando com o exposto, DIAS (2016, p. 1.107) preceitua:

(...) Quem pretender casar após completar 70 anos tem subtraída a plenitude de sua capacidade, pois não pode eleger o regime de bens que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da separação legal, que gera a incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não produz efeitos patrimoniais.

Neste ínterim, percebe-se que, o maior de 70 anos tem a sua capacidade mitigada em razão da idade, não podendo por isso escolher o regime de bens que acredita ser o mais apropriado para reger a sua vida durante o casamento, impõe-lhe o legislador o regime da separação de bens, como uma forma de evitar o entrelaçamento de patrimônio do septuagenário e o seu futuro cônjuge.

Adiante, salienta que “A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de curatela (CPC 747 a 758)” (DIAS, 2016, p. 1.108). Neste momento, fica em evidência outro ponto extremamente importante acerca do tema, haja vista que, conforme podemos extrair quando o indivíduo atinge a sua maioridade (18 anos) passa a ser plenamente capaz para o exercício dos atos da vida civil, somente podendo ser mitigada essa liberdade em raríssimas exceções, que exigem o processo de curatela para que tal limitação seja possível.

Diante desse cenário, percebemos que o legislador quando impôs o regime da separação de bens aos maiores de 70 anos, eliminando sua liberdade de escolha, desconsiderou totalmente esse regramento da curatela, criando outra possibilidade de limitar a plena capacidade que encontra fundamento na idade do indivíduo, situação essa não prevista no instituto da curatela e nem em nossa Carta Magna, que é expressamente contra essa espécie de discriminação.

Discorrendo sobre o tema, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 127) destacam:

Absurdamente, o Estado está invadindo a esfera pessoal dos nubentes para obstar a escolha do regime de bens pelos septuagenários. Ignorando a proteção integral dedicada aos idosos, impõe-se a vontade estatal, em detrimento da liberdade de autodeterminação das pessoas, afrontando a sua (intangível) dignidade. Por tudo isso, a norma legal continua sendo de duvidosa constitucionalidade, merecendo repúdio, inclusive por estar na contramão do movimento de intervenção mínima na família.

Claro está, portanto, que o Estado está interferindo indevidamente na esfera da vida privada dos futuros cônjuges idosos, fazendo prevalecer a sua vontade em detrimento da vontade dos interessados, já que impede que escolham livremente o regime de bens que acreditam ser o mais apropriado, fazendo prevalecer a sua vontade e desprezando totalmente o desejo daqueles que realmente interessam, visto que, será sobre eles que a vontade do Estado irá produzir efeitos até o final de suas vidas, posto que, não admite alteração.

Vale frisar, o Estado interfere excessivamente na vida desse grupo de pessoas, violando inclusive a dignidade da pessoa humana ao eliminar a possibilidade do indivíduo de se autodeterminar, já que esse direito permite que cada um faça aquilo que acredita ser o melhor para si. Logo, se cada um possui suas próprias prioridades, nada mais justo que admitir que conduza sua vida de maneira a atingi-las, subtrair do indivíduo essa possibilidade que é o que ocorre *in casu*, é violar a própria dignidade da pessoa humana, por isso se questiona a constitucionalidade de tal norma.

Corroborando com o que foi exposto outrora, MADALENO (2017, p. 130) possui o mesmo entendimento:

A restrição que impede a livre-eleição do regime de bens no casamento das pessoas maiores de setenta anos é vista como inconstitucional, por colidir com o princípio da dignificação humana, referenciado na porta de entrada da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inc. III). (...)

Outrossim, resta cristalino que o art. 1.641, II, do CC é inconstitucional e isso se justifica porque o legislador ao impor o regime da separação de bens aos maiores de 70 anos, desconsidera a vontade desses nubentes, eliminando a possibilidade de escolha unicamente porque eles contam com mais de 70 anos quando da realização do casamento ou da união estável, violando assim, princípios fundamentais de nossa Carta Magna, especificamente aquele que diz respeito à dignidade da pessoa humana.

Não obstante todo exposto, é importante destacar que o dispositivo ora em estudo não viola somente a nossa Constituição Federal de 1988, neste sentido, MADALENO (2017, p. 136) menciona:

Embora o artigo 10 do Estatuto do Idoso expresse textualmente os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade do idoso, que segue sendo sujeito natural de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis, merecendo, por

isto, respeito em sua liberdade de vontade e expressão; todo esse leque de dispositivos destinado a dar proteção à dignidade humana do septuagenário curiosamente fica ignorado quando se trata de protegê-lo dos efeitos materiais da sua relação conjugal.

Ante o exposto, podemos verificar que, o objetivo do Estatuto do Idoso encontra-se em proteger a liberdade do idoso, possibilitando que o mesmo continue tendo a sua autonomia de vontade respeitada, excluindo aquele tipo de comportamento que tenha por intuito impedir que o idoso possa se autodeterminar de acordo com as suas próprias vontades, ou seja, a preocupação do legislador foi no sentido de evitar que o idoso somente por conta da idade tenha sua vontade desprezada, proibindo que terceiros tomem decisões em seu nome, pois a idade não está associada a incapacidade conforme visto anteriormente, necessitando ocorrer o processo de curatela, para que se torne possível a mitigação da autonomia da vontade.

Vale ressaltar, não obstante a Constituição Federal ter mencionado que todos tem direito a dignidade humana, o Estatuto do Idoso veio reforçar que mesmo o indivíduo possuindo idade avançada, deve ter sua dignidade e demais direitos respeitados. Todavia, quando foi criado o art. 1.641, II, do CC percebe-se que, a preocupação com os bens materiais dos idosos foi maior do que o respeito aos seus direitos fundamentais insculpidos no bojo de nossa CF/88, já que, o legislador relativizou os direitos fundamentais para supostamente proteger os bens dos maiores de 70 anos, mesmo o Estatuto do Idoso sendo expresso no sentido de afirmar que os idosos possuem todos os direitos mencionados nas demais normas e na própria Carta Magna.

Neste diapasão, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 278) aduzem:

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

Resta incontestável portanto, que a imposição que o legislador fez aos maiores de 70 anos é inconstitucional por violar o princípio da dignidade humana, que encontra previsão não só na Constituição Federal como no Estatuto do Idoso, que ressaltou que nenhuma discriminação deveria ser tolerada contra o idoso em razão de sua idade. Contudo, mesmo assim, o legislador insistiu em impor o regime da separação de bens aos maiores de 70 anos, desrespeitando um dos princípios mais importantes para o ser humano. Além disso, de uma só vez limitou a liberdade do idoso e o forçou a aceitar uma imposição, já que não pode ser afastada, pois não existe hipótese que torne possível afastar esse regime de bens, sendo importante ressaltar que, nem a própria Constituição Federal que possui o status mais elevado em nosso ordenamento jurídico permitiu essa espécie de limitação.

Uma vez superada essa fase, passaremos a analisar os princípios que o art. 1.641, II, do CC viola, dado que, a partir disso, poderemos ter uma melhor compreensão acerca do tema.

Deste modo, “A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar” (DIAS, 2016, p. 75). Nota-se, que a Constituição Federal teve por objetivo precípuo evitar quaisquer tipos de discriminações contra os seres humanos e para que isso fosse possível, reforçou a necessidade de aplicação dos princípios da igualdade e liberdade dentro da esfera familiar, pois desta maneira poderia dissipar qualquer tipo de tratamento diferenciado, equiparando os indivíduos.

Adiante, DIAS (2016, p. 75) menciona:

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.

Verifica-se, pois, que os princípios da liberdade e igualdade estão intimamente ligados a dignidade da pessoa, sendo que, foram elevados a uma categoria de direitos fundamentais justamente para promover a defesa da dignidade humana, sendo está a maneira mais eficaz encontrada para promover a sua efetiva proteção.

Além disso, podemos extrair que, a liberdade somente existe se ao mesmo tempo houver respeito a igualdade, estando aquela condicionada a está, ou seja, se houver desigualdade, consequentemente não haverá liberdade, já que, o tratamento diferenciado, significa que o indivíduo não pode se autodeterminar de acordo com as suas próprias vontades, estando sujeito a vontade de terceiros, como por exemplo, a vontade do próprio legislador, logo, não haverá liberdade.

Destarte, “Exatamente, por afrontar ao princípio da liberdade, é inconstitucional a imposição coacta do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos (CC 1.641 II)” (DIAS, 2016, p. 76). Nota-se, que o caso da imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos é um claro exemplo de violação da liberdade, sendo este o motivo que o torna inconstitucional diante do nosso ordenamento jurídico, vez que, não se amolda a este princípio de extrema importância para garantir a proteção da própria dignidade humana dos seres humanos.

É importante abrir um parêntese para melhor analisar essa situação, conforme visto alhures, a liberdade está intimamente relacionada a igualdade, sendo que, quando é dado um tratamento diferenciado ao indivíduo, como no caso do maior de 70 anos que vê sua autonomia de vontade mitigada, não podendo escolher livremente o regime de bens que acredita ser o mais adequado, esse tratamento diferenciado, significa que existe desigualdade. Logo, o indivíduo

não pode se autodeterminar de acordo com aquilo que deseja, devendo aceitar o que lhe é imposto, estando por este motivo subordinado a vontade de um terceiro, que *in casu*, por mais absurdo que pareça ser, está vinculado a vontade do próprio legislador, que lhe impõe este regime.

Neste sentido, como consequência desse tratamento diferenciado em razão da idade e com a consequente necessidade de obediência, já que não lhe é permitido afastar essa determinação, elimina-se a possibilidade de exercício da liberdade, pois esse tratamento diferenciado, frise-se, desigual, fulmina a própria liberdade dos idosos, sendo este o motivo que torna tal imposição inconstitucional.

Ainda sobre o princípio da igualdade, DIAS (2016, p. 76-77) aduz:

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.

Diante disso, fica em evidência que os seres humanos possuem o direito de receber um tratamento igualitário de acordo com a nossa Carta Magna, sendo importante frisar que, a ideia de igualdade guarda estreita relação com a ideia de justiça, logo, aqueles indivíduos que se encontrarem em idênticas condições deve ser dispensado o mesmo tratamento, que é a chamada igualdade formal. Todavia, estando os indivíduos em condições diferentes, deve ser dado um tratamento diferenciado, com o intuito de equiparar aquele sujeito que se encontra em uma posição de inferioridade, pois somente assim conseguiremos alcançar a justiça, existe, portanto, uma preocupação com as minorias desfavorecidas, sendo esta última intitulada de igualdade material.

Logo, é de extrema importância que a lei trate a todos de modo igual, exceto naquelas situações em que for detectado desigualdades, devendo se aplicar a igualdade material (DIAS, 2016, p. 76). Portanto, salvo raras exceções em que se admite o tratamento diferenciado por estarem os indivíduos em condições diversas, exige a lei que todos recebam tratamento igualitário.

Diante deste cenário, analisando a imposição do regime da separação de bens aos maiores de 70 anos, percebemos a clara afronta ao princípio da igualdade, já que os maiores de 70 anos possuem as mesmas condições que os demais seres humanos, não podendo por este motivo ser invocado a igualdade material por supostamente estar em condição de desigualdade

e que por este motivo merece esse tratamento diferenciado, isso ocorre porque, a idade não está relacionada a ideia de incapacidade, sendo que, somente se houvesse a presença desta condição seria possível invocar aplicação da referida igualdade material.

Como é sabido, a lei não vinculou a incapacidade a idade, devendo por este motivo ser dado ao maior de 70 anos o mesmo tratamento que é dado aos demais seres humanos, vez que, somente seria admitido tratamento diferenciado se o mesmo tivesse passado pelo processo de curatela e fosse constatado que não se encontra em pleno gozo de suas faculdades mentais, somente diante disso, poderíamos dizer que o sujeito não possui as mesmas condições que os demais.

O oposto disso, isto é, o tratamento diferenciado puro e simples, configura em verdadeira desigualdade e desrespeito a CF/88, situação que se amolda perfeitamente ao caso em tela, já que, o art. 1.641, II, do CC não exige que se comprove que o indivíduo está em condições diferenciadas e que por isso merece esse tratamento diferenciado, dispensando o processo de curatela que é utilizado para atestar essa condição de inferioridade, presumindo que todos os maiores de 70 anos não estão em pé de igualdade com os demais e que por este motivo merecem esse tratamento desigual.

Adiante, dissertando acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, MORAES apud in MADALENO (2017, p. 125) menciona que ele:

(...) dota as pessoas como seres racionais, de livre-arbítrio e de capacidade para interagir com outros e com a natureza, sendo “desumano” e, portanto, contrário à dignidade humana tudo aquilo que de alguma forma possa reduzir a pessoa da condição de sujeito de direitos à condição de objeto. (...)

A partir disso, podemos compreender que a dignidade da pessoa humana possui por objetivo precípuo conservar o direito que cada indivíduo tem de se autodeterminar, de conduzir a sua vida de acordo com as suas próprias vontades, devendo os demais seres humanos respeitar o seu exercício. Por outro lado, quando o indivíduo tem essa liberdade mitigada, quando a vontade de terceiros substitui a sua própria vontade e seu direito de se autodeterminar, podemos constatar que neste momento a dignidade da pessoa humana não está sendo respeitada, já que o indivíduo é reduzido a condição de mero objeto, cuja opinião sobre a própria vida é totalmente desprezada, situação que não pode ser admitida.

Neste momento, fazendo um paralelo entre o princípio da dignidade humana e o regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos (que encontra previsão no art. 1.641, II, do CC), conseguimos identificar com clareza a afronta ao princípio ora em estudo, pois conforme foi demonstrado anteriormente a dignidade humana é um direito que é inerente

ao homem e que serve para preservar o direito que cada indivíduo possui de se autodeterminar de acordo com as suas próprias vontades.

Neste sentido, quando o legislador limita a autonomia de vontade do maior de 70 anos, impossibilitando que o mesmo possa escolher livremente o regime de bens que acredita ser o mais adequado para reger sua vida durante o casamento e conseqüentemente impõe-lhe a sua própria vontade (aplicando-lhe o regime da separação de bens), despreza totalmente a vontade do noivo septuagenário, reduzindo-o a mera condição de objeto, já que desconsidera a sua opinião, decidindo em seu nome, somente porque o sujeito ultrapassou determinada faixa etária, fica evidente a violação da dignidade humana.

Vale frisar, no caso em estudo, quem impede o exercício do direito fundamental do idoso é o próprio legislador, que deveria zelar para que esse tipo de situação não ocorresse, deveria agir em sentido diametralmente oposto, fazendo com que o maior de 70 anos pudesse conduzir a sua vida e o seu patrimônio de acordo com as suas próprias vontades, como decorrência do exercício da própria dignidade humana. Além disso, devemos destacar que conforme foi amplamente demonstrado a idade não pode ser utilizada como meio para discriminar as pessoas, conforme preceitua nossa própria CF/88.

Logo, essa restrição ao exercício de um direito fundamental baseado na idade não se sustenta, já que o legislador equiparou os indivíduos, assim, deveria ser conservado o direito do idoso de fazer o que bem entender, já que se encontra em pleno gozo de suas faculdades mentais como os demais seres humanos, deve ser a ele assegurado o direito a igual liberdade de escolha do regime de bens, visto que se encontra nas mesmas condições, devendo ser dispensado a ele a possibilidade de escolher o regime de bens que melhor atender as suas necessidades, eliminando esse tratamento desigual e discriminatório.

Outrossim, DIAS (2016, p. 73) aduz que:

É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

Verifica-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio mais importante de nosso ordenamento jurídico, tanto é assim, que diz que outros princípios como liberdade, igualdade, autonomia privada decorrem dele. Todavia, não obstante a sua importância e a sua influência sobre tantos outros princípios, o legislador quando decidiu aplicar o regime da separação de bens aos idosos, não se atentou ao fato de que tal dispositivo não estava de acordo com esse princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, apenas manteve a imposição que encontrava previsão no Código Civil de 1916, que obviamente não respeitava

o princípio da dignidade humana, pois era anterior a nossa Constituição Federal de 1988 que deixou em destaque a importância desse princípio.

No entanto, quando o legislador teve a oportunidade de dissipar esse inconveniente, extinguindo esse dispositivo e adequando-o a nossa Carta Magna, não o fez. Apenas manteve a discriminação aos idosos no Código Civil de 2002.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana segundo SARMENTO apud in DIAS (2016, p. 73):

(...) representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

A partir disso, fica nítido que o princípio da dignidade da pessoa humana não fica restrito a CF/88, tendo em vista que, vincula todas as demais normas de nosso ordenamento jurídico, que devem estar em consonância com ele. Desta maneira, podemos extrair que o art. 1.641, II, do CC deve ser modificado para que se torne compatível com o princípio da dignidade humana, já que as normas infraconstitucionais devem estar em harmonia com a CF/88.

Adiante, DIAS (2016, p. 74) menciona:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Percebe-se ainda, que a dignidade da pessoa humana elevou o ser humano a uma categoria de superioridade e para que isso fosse possível, realizou a despatrimonialização, vez que, seria um absurdo admitir que o princípio mais importante de nosso ordenamento jurídico pudesse sofrer limitações devido à preocupação existente acerca do patrimônio. Deste modo, quando fala-se em dignidade da pessoa humana, devemos compreender que está relacionado ao direito do indivíduo de se autodeterminar e conduzir a sua vida de acordo com aquilo que acredita e deve ser preservado, já que essa capacidade faz parte dos direitos da personalidade do ser humano, sendo inerente a ele e por este motivo, deve ser respeitado.

Logo, verifica-se que, deve ser dado prioridade ao direito do indivíduo de se autodeterminar com o intuito de promover a sua dignidade, deixando a preocupação com o patrimônio em segundo plano, não podendo ser dado mais prestígio a este em detrimento daquele, de acordo com o princípio em estudo.

Vale salientar, no caso do dispositivo que estamos analisando, essa ordem encontra-se invertida, já que, o legislador relativiza os princípios fundamentais, frise-se, o direito de se

autodeterminar, que está intimamente ligado a dignidade da pessoa humana sob o pretexto de proteger o patrimônio do maior de 70 anos.

Ressalta ainda, DIAS (2016, p. 74):

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares.

Outrossim, fica em evidência que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce grande influência no âmbito do direito das famílias, haja vista que, possui por objetivo precípuo equiparar as famílias, evitando assim, que haja quaisquer tipos de discriminações no bojo da entidade familiar, assim sendo, percebe-se que, a todas as espécies de família deve ser dado igual tratamento, no sentido de promover a dignidade humana a todos sem exceções, evitando qualquer tipo de tratamento diferenciado. Desse modo, se é dado a oportunidade as demais entidades familiares de escolherem livremente o regime de bens que será aplicado no decorrer do casamento, significa que, deve ser dado igual oportunidade as demais famílias.

Além disso, MADALENO (2017, p. 128) aduz:

A noção moderna de família tem sua orientação na felicidade, e essa não é marcada pelos direitos e interesses patrimoniais, mas sim pelo convívio, pelo afeto desenvolvido na vida em comum, como núcleo prevalente das relações familiares.

Percebe-se, que atualmente a ideia de família encontra-se intimamente ligada a busca da felicidade, deste modo, quando o indivíduo deseja constituir uma família, seja por meio do casamento ou mesmo da união estável, seu desejo principal com tal atitude encontra-se em ser feliz e não em obter vantagem de seu futuro cônjuge.

Assim, a afetividade foi privilegiada em detrimento de interesses patrimoniais, ou seja, acredita-se que atualmente a base da família é o afeto e por este motivo, deve ser afastada a suposição de que o casamento do maior de 70 anos somente ocorre por interesse e que por este motivo deve ser aplicado a ele o regime da separação de bens com o objetivo de proteger o seu patrimônio, esse dispositivo desrespeita o próprio conceito de família, ao que parece, acredita o legislador que o casamento do maior de 70 anos somente ocorre por interesse em seu capital, como se o idoso não fosse capaz de despertar em outro indivíduo o desejo de constituir uma família, para que possam ser felizes juntos.

Como decorrência do exposto, surge duas indagações acerca do tema: é indevida a obrigatoriedade do regime legal da separação de bens aos maiores de 70 anos, já que, a doutrina se posiciona a favor de sua inconstitucionalidade por violar o princípio da dignidade humana? E o mais importante, o art. 1.641, II, do CC deve ser totalmente revogado, uma vez que, o idoso não precisa dessa proteção?

Neste sentido, vejamos importantes considerações que MADALENO (2017, p. 129) faz acerca do tema:

(...) A verdadeira expressão de garantia do princípio da dignidade somente pode ser relativizada quando as faculdades intelectivas realmente estiverem gravemente comprometidas, porque só nessa hipótese estará justificada a intervenção nos direitos do idoso, mas por limitação direta, objetiva e real e não nessa versão da presunção etária de genérica e aleatória incapacidade.

À vista do exposto, podemos notar que a atual limitação da autonomia da vontade do idoso, quanto a escolha do regime de bens para surtir efeitos durante o casamento além de inconstitucional, é indevida, já que, presume que todos os idosos (maiores de 70 anos) não são plenamente capazes e que por este motivo merecem a proteção de seu patrimônio. Portanto, o legislador limita a autonomia de vontade desse grupo de pessoas somente porque atingiram uma determinada faixa etária, quando na verdade não existem indícios de que de fato esse idoso precisa de proteção.

Logo, deve ser dispensado a eles o mesmo tratamento que é dado aos demais seres humanos, sendo descabida a restrição da capacidade somente em razão da idade, como ocorre atualmente, por este motivo, mostra-se, imperioso que não prevaleça em nosso ordenamento jurídico dispositivo que discrimina as pessoas em razão da idade.

No entanto, se em um primeiro momento a imposição do regime da separação de bens aos idosos mostra-se indevida por basear-se somente na idade, por outro lado, percebe-se que, existem situações em que os maiores de 70 anos não estão em pleno gozo de suas faculdades mentais, sendo assim, nesses casos fica nítido que outro indivíduo poderia se aproveitar dessa condição de vulnerabilidade para obter vantagem de seu patrimônio. Portanto, resta cristalino que nessas hipóteses o idoso necessita da proteção de seu patrimônio, sendo devida a intervenção nessas situações, com o intuito de protegê-lo.

Desta forma, se o art. 1.641, II, do CC fosse modificado e utilizasse como fundamento a fragilidade do idoso que não se encontra em plena capacidade mental, seria aceitável a referida limitação quanto a escolha de regime de bens, pois nessa hipótese em específico conseguimos visualizar a efetiva necessidade de proteção, já que terceiros poderiam se aproveitar facilmente dele para obter proveito econômico.

Corroborando com o exposto, MADALENO (2017, p. 129-130) ressalta:

E nessa perspectiva está coberto de razão o legislador quando limita a autodeterminação do homem afetado em sua capacidade de discernir com clareza, e que deixa de externar a exata compreensão de seu ato; mas tudo o que não pode executar o legislador é formular disposições de direito material que nivelem o âmbito da proteção e da assistência a todos os idosos septuagenários, que acabam sendo fragilizados pela lei e não pelos fatos, e assim desconsiderando-os como sujeitos de direitos.

Resta indubitado portanto, que somente poderíamos falar em aplicação do regime da separação legal de bens aos idosos que não se encontram em pleno gozo de suas faculdades mentais, uma vez que, nesses casos eles efetivamente necessitam de proteção, sendo este um fundamento válido para restringir o direito do idoso de se autodeterminar, já que, por não possuir exata compreensão da realidade, podem ser vítima de pessoas que querem se aproveitar de sua vulnerabilidade, sendo devida a aplicação do regime da separação de bens nesses casos, haja vista que, a autonomia de vontade poderá facilitar a atividade de terceiros que estejam interessados em se aproveitar da condição de fragilidade.

Consequentemente, aqui não podemos falar em violação do princípio da dignidade humana por limitar indevidamente a liberdade do idoso de se autodeterminar, pois o mesmo não se encontra nas mesmas condições que as demais pessoas e por este motivo merece uma especial proteção, para evitar que pessoas que não possuem boas intenções se aproveitem de sua condição, além disso, é importante destacar que esse tratamento diferenciado é autorizado pelo princípio da igualdade material, uma vez que, existem pessoas que estão em uma posição de inferioridade com relação aos demais, é o caso do idoso que não se encontra em pleno gozo de suas faculdades mentais, o objetivo desse princípio é justamente evitar injustiças.

Todavia, quando o legislador aplica o art. 1.641, II, do CC a todos os nubentes maiores de 70 anos, presume que todos aqueles que atingiram esse patamar encontram-se em uma condição de vulnerabilidade, que supostamente justificaria a imposição deste regime para a proteção dos mesmos, entretanto, é indevida essa espécie de limitação, pois não existem provas de que de fato o idoso maior de 70 anos esteja em uma posição de inferioridade, que justificaria a imposição deste regime, que no caso do dispositivo ora em estudo, se baseia apenas na idade dos nubentes. Logo, é evidente que deve ser afastada devido a sua patente inconstitucionalidade quando se baseia unicamente na idade, dado que, além de indevida deixa em evidência o preconceito contra esse grupo de pessoas, limitando indevidamente o seu direito de se autodeterminar, ferindo a própria dignidade humana.

Por outro lado, “É direito inerente à dignidade do homem determinar as decisões e traçar a trajetória de existência, só merecendo a proteção do Estado quando fragilizado ou incapacitado” (MADALENO, 2017, p. 129). Percebe-se que, somente podemos falar em proteção do maior de 70 anos se o mesmo se encontrar em uma posição de inferioridade devido a sua condição de fragilidade, portanto, nesses casos nota-se que, a limitação da vontade não viola a dignidade da pessoa humana, já que a proteção se mostra relevante, uma vez que, a conservação do direito de se autodeterminar, poderia provocar-lhe prejuízos.

Vale frisar, somente nessas hipóteses é positiva a intervenção do Estado, dado que, de fato existe a necessidade de proteção, diferentemente daquela que encontra previsão em nosso ordenamento jurídico atualmente e que se fundamenta tão somente na idade, logo, tal dispositivo deve ser totalmente revogado por este motivo. Contudo, se seu objetivo é realmente no sentido de proteger o idoso, mostra-se imperioso que seja introduzida alguma alteração, para condicionar a restrição a vulnerabilidade que o idoso se encontra e excluindo o embasamento relacionado a idade, somente assim, esse dispositivo poderia ser aceito em nosso ordenamento jurídico. Todavia, se o legislador insistir em manter essa norma no Código Civil sem realizar alterações, a solução para esse inconveniente é somente uma: a sua revogação.

Corroborando com o exposto, DIAS (S/D, p. 12-13) traz importantes considerações acerca do tema:

Assim, impositivo é que, entre os projetos de reforma que já se avolumam, conste mais um: a revogação do art. 1.641.

Enquanto a reforma não vem, imperioso que a jurisprudência, como sempre e mais uma vez, desempenhe seu papel de não só fazer cumprir a lei, mas, antes e acima de tudo, velar pela efetividade da Constituição Federal. (...)

Por isso, devem os juízes deixar cair como letra morta dispositivo legal que não tem vida, por não estar ao abrigo do manto da juridicidade.

Diante do exposto, percebe-se que, a solução para o problema da inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC encontra-se em sua revogação, já que, este dispositivo não se encontra em consonância com a nossa Constituição Federal de 1988, norma com status mais elevado de nosso ordenamento jurídico e que por este motivo deve ser respeitada. Todavia, enquanto a sua revogação não ocorre, a solução mais viável para o problema é que a jurisprudência deixe de aplicar o referido dispositivo legal, pois desta forma conseguirá fazer com que a nossa Carta Magna prevaleça em detrimento deste dispositivo inconstitucional, uma vez que, o contrário disso, frise-se, a continuidade da aplicação do art. 1.641, II, do CC no âmbito da jurisprudência, é o mesmo que ser conivente com dispositivo legal inconstitucional.

Neste mesmo sentido, FARIAS e ROSENVALD (2015, p. 280) ressaltam:

É caso, certamente, de controle de constitucionalidade difuso, impondo-se aos juízes, no julgamento das mais variadas causas e quando tiverem de atuar em procedimentos de habilitação para o casamento, reconhecerem, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, a inconstitucionalidade do dispositivo codificado. E, por que não dizer, é caso também de atuação do controle de constitucionalidade concentrado, provocado pelos legitimados constitucionalmente, pois o atentado aos valores constitucionais é evidente ao se presumir, de forma absoluta, uma incapacidade inexistente.

Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade pode ser utilizado como mecanismo no momento do julgamento pelo juiz para reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivo legal e por este motivo, poderia ser utilizado para reconhecer a inconstitucionalidade

do art. 1.641, II, do CC como um meio de resguardar os direitos previstos em nossa CF/88. Além disso, também poderia ser utilizado o controle concentrado de constitucionalidade para solucionar o problema em questão, já que, o referido dispositivo legal presume uma incapacidade dos maiores de 70 anos que não existe, violando assim, nossa Carta Magna.

É importante abrir um parêntese para destacar que, no caso do controle difuso de constitucionalidade, ocorre quando uma lei é declarada inconstitucional em uma ação e produzirá efeitos somente para aqueles indivíduos que integram a relação jurídica, ou seja, a norma continuará a ter validade em nosso ordenamento jurídico (MASSON, 2016, p. 1.081). Essa espécie de controle de constitucionalidade mostra-se extremamente importante, já que, permite que se reconheça a inconstitucionalidade de uma determinada norma em um caso concreto.

Entretanto, apresenta como ponto negativo o fato de não vincular todo o ordenamento jurídico, mas é uma maneira de se evitar uma injustiça maior, pois conforme se verá adiante, ainda não houve julgamento do dispositivo ora em estudo pelo controle de constitucionalidade concentrado, que se reconhecesse a inconstitucionalidade deste dispositivo, vincularia todo o nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, vejamos importante julgado acerca do tema:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – DIREITO CIVIL – CASAMENTO – CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 – INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. – É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (TJ-MG – ARG: 10702096497335002 MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014).

Percebe-se que, antes mesmo da alteração realizada pela Lei nº 12.344/2010 no art. 1.641, II, do CC que aumentou para 70 anos a idade para imposição do regime da separação de bens, já havia decisão referente a caso concreto que declarava a inconstitucionalidade da imposição do referido regime de bens aos idosos, por desrespeito aos princípios da igualdade e da dignidade humana, devido a indevida mitigação da autonomia da vontade desse grupo de pessoas. Portanto, fica cristalino que o controle difuso de constitucionalidade é um meio eficiente para coibir a discriminação que este dispositivo realiza com relação aos idosos.

Corroborando com o exposto, temos outro julgamento no mesmo sentido:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – REGIME DE BENS – SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA – NUBENTE SEXÁGENARIO – INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL – DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL – PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR

IMPLEMENTO DE IDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. – O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil. (TJ-SE – IIN: 2010107802 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/11/2010, TRIBUNAL PLENO).

Outrossim, esse julgado assim como o anterior encontram-se em consonância com o entendimento majoritário da doutrina, que conforme foi exaustivamente demonstrado ao longo deste trabalho, defendem a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, haja vista que, quando restringe a liberdade dos idosos quanto a escolha do regime de bens, equipara-os aos indivíduos que possuem incapacidade, com a única diferença que os idosos estão em pleno gozo de suas faculdades mentais, sendo este o motivo que torna esse dispositivo ilegal. Uma vez que, presume que aquele que ultrapassar determinada faixa etária automaticamente deixa de possuir plena capacidade, mas por outro lado, também impede a prova em sentido contrário, então, mesmo que o indivíduo demonstre estar com suas faculdades mentais inalteradas, não poderá escolher outro regime de bens que deseja, portanto, desrespeita a própria dignidade humana quando impede o idoso de se autodeterminar em razão de sua idade.

Por outro lado, no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, possui por objetivo precípuo analisar se algum dispositivo legal encontra-se em desconformidade com a Constituição e o resultado deste julgamento irá produzir efeitos sobre todos, já que possui efeito *erga omnes* (MASSON, 2016, p. 1.090-1.091).

Percebe-se que, essa espécie de controle de constitucionalidade é um instrumento eficiente que poderia de uma vez por todas dissipar as dúvidas existentes com relação ao art. 1.641, II, do CC, pois além de analisar a sua constitucionalidade, sua decisão vincularia a todos, diferentemente do controle difuso que somente produz efeitos sob as partes interessadas, enquanto a lei continua em vigor. Portanto, no controle concentrado, poderia ocorrer a revogação do referido dispositivo legal, que evitaria ter que recorrer ao judiciário para reconhecer a inconstitucionalidade para cada caso concreto, já que, conforme foi demonstrado pela doutrina, esse dispositivo é inconstitucional com relação a todos, dado que discrimina os idosos justamente pela idade que possuem. Logo, não pode ser inconstitucional para uns e constitucional para outros.

Em consonância com o exposto, GAGLIANO e FILHO (2017, p. 389) mencionam:

Nessa linha, concluímos pela completa inconstitucionalidade do dispositivo sob comento (art. 1.641, II), ainda não pronunciada em controle abstrato, infelizmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, pois, que não obstante a doutrina se posicionar favoravelmente a inconstitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos maiores de

70 anos, o Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal.

A partir disso, podemos depreender que a inércia do STF corrobora para que o art. 1.641, II, do CC continue em vigor em nosso ordenamento jurídico, portanto, nota-se, que apesar do STF possuir legitimidade para analisar a inconstitucionalidade da norma objeto de nosso estudo e reconhecer aquilo que grande parte da doutrina já reconhece, colocando um fim nesse dispositivo que se encontra em desconformidade com a CF/88, ele simplesmente se abstém de fazê-lo, quando poderia julgá-lo e consequentemente dissipar as dúvidas existentes acerca da inconstitucionalidade do tema.

Contudo, não obstante todo exposto, DIAS (2016, p. 1.108) aduz:

A situação de absoluta injustiça levou o STF, já no ano de 1964, a editar a Súmula 377 simplesmente alterando o regime imposto pela lei. Ao autorizar a comunhão dos bens adquiridos durante o casamento, acabou o Poder Judiciário tornando o dispositivo legal letra morta, transformando o regime da separação total de bens no regime da comunhão parcial.

Apesar do Supremo Tribunal Federal não ter analisado a constitucionalidade do regime de separação de bens imposto aos maiores de 70 anos por meio do controle concentrado que possui, buscou diminuir o rigor com que tal dispositivo é aplicado, quando criou a súmula 377 convertendo o regime da separação total de bens no da comunhão parcial, permitindo a divisão dos bens adquiridos durante a constância do casamento.

Desse modo, podemos compreender que ao invés do Supremo Tribunal Federal utilizar o controle concentrado de constitucionalidade e finalmente por um fim ao regime legal que é aplicado aos idosos, reconhecendo a inconstitucionalidade e a consequente necessidade de sua revogação, o órgão julgador optou por adotar uma solução precária para o tema, quando criou a súmula 377, que possibilitou que os bens adquiridos durante o casamento pudessem ser divididos. Portanto, fica em evidência que o próprio STF já reconheceu que o referido regime de bens era demasiadamente injusto para com os nubentes septuagenários e seus cônjuges.

Em suma, a súmula 377 possibilitou que a separação obrigatória de bens deixasse de ser aplicada na prática aos maiores de 70 anos. Logo, mostra-se imperioso que o Supremo Tribunal Federal utilize seu poder e coloque um fim a esse dispositivo legal, que na prática já não é aplicado e soma-se a isso o fato de ser inconstitucional. Vale salientar, essa solução precária já vigorou por tempo demais, devendo ser resolvido de uma vez por todas esse inconveniente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do regime da separação obrigatória de bens imposto aos maiores de 70 anos, permitiu-nos compreender que apesar deste dispositivo legal ter sido criado sob o pretexto de proteger os idosos de pessoas interessadas em contrair matrimônio somente para obter proveito econômico, na prática ficou nítido que esse argumento não se sustenta, pois a real intenção do legislador pode não estar em proteger esse grupo de pessoas e sim, os potenciais herdeiros dos mesmos, situação absurda, já que nosso ordenamento jurídico não admite a herança de pessoa viva.

Nesta perspectiva, notamos ainda, que além de não proteger o maior de 70 anos, o art. 1.641, II, do CC encontra-se em desconformidade com a nossa Carta Magna, haja vista que, ao impedir que o maior de 70 anos escolha livremente o regime de bens que acredita ser o mais apropriado para surtir efeitos durante o casamento, o legislador desrespeita o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, limita indevidamente a capacidade do idoso de se autodeterminar de acordo com suas próprias vontades, cria portanto, uma espécie de incapacidade não prevista em nosso ordenamento jurídico, que exige a curatela para que seja possível limitar a liberdade de alguém.

Além disso, não admite o legislador que o idoso demonstre que encontra-se em pleno gozo de suas faculdades mentais e a consequente possibilidade de afastar a imposição deste regime de bens, logo, resta cristalino a inconstitucionalidade deste dispositivo, já que utiliza a idade como fundamento para limitar a autonomia de vontade desse grupo de pessoas, indo em sentido diametralmente oposto ao que nossa Constituição Federal prevê, já que ela proíbe quaisquer tipos de discriminações em razão de sexo ou idade, sendo indevida a imposição deste regime por este motivo, pois além de não proteger o idoso, discrimina o mesmo em razão da idade.

Contudo, percebe-se que, somente poderíamos falar em proteção do idoso com a consequente intervenção em sua vida privada e a imposição do regime legal da separação de bens, se o mesmo estivesse em uma condição de fragilidade, já que nessa hipótese terceiros poderiam se aproveitar de sua condição de vulnerabilidade para obter vantagem econômica.

Portanto, se o fundamento do art. 1.641, II, do CC estivesse amparado nesses argumentos, não poderíamos suscitar a violação da dignidade humana, visto que, essa liberdade de se autodeterminar não pode ser preservada a todo custo, mesmo que terceiros possam se aproveitar dela para obter proveito econômico do idoso. Além disso, essa hipótese encontra-se em conformidade com o princípio da igualdade material, que permite o tratamento diferenciado

de indivíduos que não se encontram na mesma condição que os demais, que é justamente a situação do idoso fragilizado, que se encontra em uma posição de inferioridade e que por isso merece essa especial proteção para evitar injustiças.

Não obstante todo o exposto, é importante destacar que, o regime legal da separação de bens, que é aplicado aos maiores de 70 anos, não viola somente o princípio da dignidade da pessoa humana, desrespeita também os princípios da liberdade e igualdade, que encontram previsão em nossa CF/88 e que estão intimamente interligados. Portanto, quando é dado um tratamento diferenciado ao maior de 70 anos, que não pode escolher livremente o regime de bens que acredita ser o mais adequado, significa que existe desigualdade, logo, fica nítido que ocorre concomitantemente uma violação a liberdade e a igualdade.

Deste modo, percebe-se, que esse tratamento diferenciado, fulmina a própria liberdade, sendo este, um dos motivos que torna essa imposição inconstitucional, já que aos outros indivíduos é permitido que escolham livremente o regime de bens que acreditam ser o mais apropriado (princípio da liberdade), sendo mitigada indevidamente a liberdade de escolha dos maiores de 70 anos, que recebem tratamento diferenciado somente devido a idade, o que não poderia ser aceito, uma vez que, encontram-se nas mesmas condições que os demais seres humanos, por isso, deveriam receber o mesmo tratamento, devido o princípio da igualdade formal.

Além disso, o art. 1.641, II, do CC encontra-se em desconformidade com o próprio conceito atual de família, que encontra-se intimamente ligado a busca da felicidade e do afeto. Logo, quando o legislador impede a livre escolha do regime de bens dos maiores de 70 anos, acredita que o casamento está baseado exclusivamente na busca de bens materiais, quando na verdade, tanto a união estável quanto o casamento baseia-se na busca de ser feliz no seio dessa entidade familiar e não na busca por bens materiais.

Portanto, nota-se, que a imposição deste regime de bens aos idosos vai em sentido diametralmente oposto a despatrimonialização do direito de família, que foi criado justamente com o intuito de evitar que fosse dado maior importância aos bens materiais, deixando de lado o mais importante, o afeto, que é o real motivo que embasa a formação de um novo núcleo familiar, devendo ser dada prioridade a ele e não ao patrimônio.

Por fim, podemos concluir que além de inconstitucional, a imposição do regime da separação de bens é indevida, devendo por este motivo ser revogado esse dispositivo legal, para que nossa Constituição Federal prevaleça em detrimento de normas infraconstitucionais, já que todo o nosso ordenamento jurídico encontra-se a ela vinculado. Outrossim, enquanto isso não ocorre, deve a jurisprudência se posicionar a favor da inconstitucionalidade, sendo que tal

posicionamento já prevaleceu em sede de controle difuso de constitucionalidade, todavia, também o STF deve se posicionar acerca do tema, dissipando todas as dúvidas existentes acerca do tema, resolvendo de uma vez por todas essa controvérsia, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, pois quando se abstém de julgar o art. 1.641, II, CC está sendo conivente com a perpetuação de dispositivo legal inconstitucional, não zelando pela prevalência de nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. PDF.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Órgão Especial): ARG nº 10702096497335002, Relator: **JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES**, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial). Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg/inteiro-teor-119528708?ref=juris-tabs>>. Acesso em: novembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Sergipe (Tribunal Pleno): IIN nº 2010107802, Relator: **OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO**, Data de Julgamento: 17/11/2010, Tribunal Pleno). Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse?ref=serp>>. Acesso em: novembro de 2019.

CESPÉDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum Saraiva**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

DIAS, Maria Berenice. **Amor não tem idade**. Disponível em: <[file:///C:/Users/1/AppData/Local/Temp/\(cod2_546\)5_amor_ao_tem_idade.pdf](file:///C:/Users/1/AppData/Local/Temp/(cod2_546)5_amor_ao_tem_idade.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB, volume 1**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. PDF.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. 7ª ed. São Paulo: Atlas: 2015. PDF.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. PDF.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. PDF.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. PDF.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. PDF.