

INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA ESCOLHA DE REGIME DA COMUNHÃO DE BENS POR MAIORES DE 70 ANOS

Flavio Branco Abdalla Ferraz Siqueira (IC) e Maurita Baldin Altino Theodoro de Bellis (Orientadora)

Apoio: PIVIC Mackenzie

Resumo:

A escolha do regime dos bens no casamento é um dos momentos mais significativos do matrimônio. Porém ocorre que para os idosos esta escolha não é possível em razão do Artigo 1641, II do Código Civil de 2002 restringir esta possibilidade para os maiores de setenta anos, deixando apenas disponível a separação obrigatória de bens. O presente estudo tem como seu objetivo investigar a restrição trazida pela Lei, se esta restrição é discriminatória e também inconstitucional, através de consultas à doutrinas do Direito civil e constitucional. Ademais, dissertar-se-á sobre a liberdade, a igualdade e a dignidade humana dos idosos em análise do Estatuto do idoso, em contrapartida da restrição imposta pela norma citada, sendo apresentado argumentos conjuntamente com estudos aplicados e práticos da biologia e psicologia social, analisando a problemática tratada no presente documento, caracterizando e qualificando os elementos e características relevantes no parecer crítico da classificação da capacidade do idoso, as suas vontades e preferências, em face de restrições da atual legislação cível brasileira. A investigação apontou que os elementos constitucionais, cíveis, do Estatuto do Idoso, da psicologia e da biologia, indicados no estudo levam a entender que o dispositivo tratado é inconstitucional. Os elementos constitucionais elencados no estudo são as violações aos princípios da Liberdade, Igualdade e da dignidade humana; Os elementos Cíveis são a falta de previsão do idoso como indivíduo incapaz no rol de incapazes do Código Civil e os apontamentos feitos pela doutrina; os Elementos do Idoso são a violação a discriminação de indivíduos em razão da idade e a reprodução da Lei antiga sem se adequar a realidade; os elementos da biologia são a desconsideração da figura do idoso sem elencar fatores sociais e biológicos, como os fatores externos e internos e os elementos da psicologia são as idades como método de abordagem para analisar a capacidade do idoso, do qual não foram considerados na aplicação da restrição da Lei. Os resultados foram alcançados, a restrição é discriminatória e também inconstitucional, portanto, conclui-se que em razão da inconstitucionalidade da restrição existente no Código Civil, a sua forma de aplicação deve ser repensada para se adequar ao Estado Democrático de Direito do Brasil e da atual realidade do mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Casamento. Separação obrigatória de bens. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Choosing the property regime in marriage is one of the most significant moments of marriage. However, it turns out that for the elderly this choice is not possible due to Article 1641, II of the Civil Code of 2002 restricting this possibility to those over seventy years old, leaving only available mandatory separation of assets. The present study aims to investigate the restriction brought by the Law, if this restriction is discriminatory and also unconstitutional, through consultations with the doctrines of civil and constitutional law. In addition, it will discuss freedom, equality and human dignity of the elderly in an analysis of the Statute of the elderly, in contrast to the restriction imposed by the aforementioned norm, and arguments will be presented together with applied and practical studies of biology and social psychology, analyzing the problem dealt with in this document, characterizing and qualifying the relevant elements and characteristics in the critical opinion of the classification of the elderly's capacity, their wishes and preferences, in the face of restrictions of the current Brazilian civil legislation. The investigation pointed out that the constitutional and civil elements of the Elderly Statute, psychology and biology, indicated in the study, lead to the understanding that the treated device is unconstitutional. The constitutional elements listed in the study are violations of the principles of Liberty, Equality and human dignity; The Civil elements are the lack of prediction of the elderly as an incapable individual in the list of incapable persons of the Civil Code and the notes made by the doctrine; the Elements of the Elderly are the violation of discrimination against individuals based on age and the reproduction of the old Law without adapting to reality; the elements of biology are the disregard of the figure of the elderly without listing social and biological factors, such as external and internal factors and the elements of psychology are the ages as a method of approach to analyze the capacity of the elderly, which were not considered in the application of the restriction of the Law. The results were achieved, the restriction is discriminatory and also unconstitutional, therefore, it is concluded that due to the unconstitutionality of the restriction existing in the Civil Code, its form of application must be rethought to adapt to the Democratic State of Law of Brazil and the current reality of the contemporary world.

Keywords: Wedding. Equitable Distribution of Assets. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é o instrumento jurídico que tutela direitos e princípios basilares da sociedade brasileira, e por esta razão é importante que as legislações nacionais estejam em consonância com as regras delimitadas na *Magna Carta*.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.641, II, estabelece que os indivíduos maiores de setenta anos de idade, ao contraírem o matrimônio, deverão optar pela escolha da separação total de bens. Esta restrição jurídica, convertida em uma discussão polêmica, discute a respeito do raciocínio utilizado pelo legislador na elaboração do dispositivo, dividindo-se em duas questões: 1) teria o legislador criado uma discriminação em Lei, visando proteger o patrimônio dos idosos?; e 2) esta proteção existente no artigo do Código Civil seria inconstitucional?

Diante dos questionamentos, menciona-se que o número de casamentos em que há pelo menos um cônjuge com idade acima de pelo menos sessenta e cinco anos, tem aumentado desde do ano de 2013 até 2019, chegando a ter uma proporção em média entre 4 a 8 mil matrimônios, em que há um indivíduo nessa faixa de idade, demonstrando que o assunto é de plena importância na vida destas pessoas. Por esta razão, este estudo pretende-se identificar elementos jurídicos indicativos da possibilidade de inconstitucionalidade da Lei, assim como também explorar pensamentos coletados da doutrina civil nacional, por fim, realizar uma análise de sua conformidade com fundamentos da Constituição Federal (IBGE, 2021).

A pesquisa se divide em cinco pontos. Inicialmente é apresentado o instituto do casamento, suas considerações, assim como o regime da separação obrigatória de bens tratado no art. 1.641, II do Código Civil de 2002, complementando com a visão da doutrina jurídica brasileira a respeito do assunto. No segundo ponto analisar-se-á a visão do Direito Civil, apresentado princípios constitucionais que incidem sobre a questão. No terceiro ponto comentar-se-á o Estatuto do Idoso e seus reflexos na proteção dos idosos. A partir do quarto ponto serão mostrados estudos de outras áreas além do direito, para examinar os aspectos psicológicos e biológicos dos idosos. No quinto ponto será feita uma análise jurídica a respeito da hipótese da inconstitucionalidade do artigo e, por fim, dá-se uma conclusão a respeito do problema de pesquisa.

O proposto deste estudo, no mais, trata-se de elencar e classificar os elementos encontrados a respeito do tópico, que serão utilizados como instrumentos de apontamento para as conclusões tiradas ao final da pesquisa.

Ante o mencionado, o presente trabalho tem como o seu método de pesquisa a modalidade dedutiva. Partindo do Direito de Família, o estudo se aprofundará na análise jurídica. O seu procedimento se baseia no formato de artigo científico, e como técnica se utilizará da pesquisa bibliográfica, assim como sua revisão, para o seu desenvolvimento, a partir de levantamentos bibliográficos e dados coletados durante a sua elaboração.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 ANÁLISE DOUTRINARIA A RESPEITO DO ART. 1.641, II CC/2002

O casamento é uma instituição que iniciou a sua jornada no direito romano. Na época, o matrimônio era caracterizado pela relação de fato afetivo. Após a queda do Império Romano, as sociedades humanas avançaram, assim como a concepção de casamento se desenvolveu, adquirindo novas perspectivas e objetivos, como a comunhão dos interesses, o respeito, a solidariedade e o compromisso (PEREIRA, 2021).

O conceito de casamento se altera continuamente ao longo da história do direito, desde o Código Romano até os tempos atuais. Atualmente, o matrimônio é caracterizado como a comunhão de afeto, advogando pela formação de seus membros (FERNANDES, 2015).

Preliminarmente, antes que exista a possibilidade de constituição do casamento é necessário que os nubentes sejam capazes de consentir a relação matrimonial. Para esta ocasião o Código Civil de 2002 elenca nos arts. 3º e 4º os indivíduos que são incapazes de consentir, dentre estes indivíduos existem os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. (LÔBO, 2021).

Os indivíduos que são absolutamente incapazes são os menores de dezesesseis anos, enquanto que os relativamente incapazes são os maiores de dezesesseis anos e menores de dezoito, os dependentes, os transitórios no qual são as pessoas que de forma temporariamente, ou permanente estão impedidas de exprimir a sua vontade e por fim os pródigos (LÔBO, 2021).

O matrimônio é um ato de solenidade da relação nupcial de indivíduos que se unem, com a pretensão de conviver conjuntamente até a sua extinção, obrigando-se no dever de indissolubilidade do vínculo e nas obrigações de fidelidade social, no dever jurídico de administrar os seus bens e de acordo com as possibilidades permitidas pela legislação pátria (FERNANDES, 2015).

O matrimônio no Brasil, até a Proclamação da República, em 1889, era unicamente reconhecido pela forma religiosa, e a partir de 1891 passou a ter efeitos cíveis. O casamento

foi absorvido pelo direito, e, com o Código Civil de 1916, o único modo de constituição de família passou a se dar na forma do casamento indissolúvel e patriarcal (DIAS, 2015).

O advento da Constituição Federal de 1988 permitiu o alargamento da interpretação de vínculos da convivência familiar, abrangendo novas formas de relacionamento além do casamento, como relacionamentos monoparentais e a União Estável (DIAS, 2015).

O direito de família brasileiro, na sua contemporaneidade, interpreta a instituição “família” e o “casamento” de forma distinta: a característica principal levada em consideração para distinguir a família do casamento é a forma de estrutura dos laços de afeto entre os indivíduos. Inclusive, esta interpretação é harmônica com o preceito da isonomia entre os nubentes resguardado pela Constituição Federal (PEREIRA, 2021).

Racionalmente, para que o casal consiga desenvolver seus objetivos e atingir suas metas é preciso que ambos colaborem monetariamente para que a relação prospere. Nesse sentido, deve-se escolher um regime de bens, em tese, que melhor atenda às necessidades do casal, e que sejam aplicadas as regras do Código Civil (VENOSA, 2014).

Para o estudo, a análise será concentrada no regime da separação obrigatória de bens, que é realizada ocasionalmente em decorrência do casamento, permanecendo durante a sua vigência, incidindo sobre o relacionamento no momento da separação (DIAS, 2015).

A comunhão de bens é o regime escolhido entre o casal matrimonial, expressando o comum interesse em partilhar os bens, com o intuito de manter a relação, conforme a vontade do casal. O regime da comunhão de bens ilustra o âmbito de incidência sobre o qual recai a natureza patrimonial da divisão de bens dos nubentes, não se vendo a possibilidade de existir um casamento sem um regime de bens definido (PEREIRA, 2021).

A separação obrigatória de bens é uma restrição imposta pelo art. 1641, que em seus incisos, apresentam três situações em que ocorre uma imposição por via de Lei. A restrição em decorrência da idade está prevista no inciso II; no entanto, a proibição não impede a comunicação de bens adquiridos na constância do casamento (PEREIRA, 2021).

No direito brasileiro, o casamento regulado pelo Código Civil na versão de 1916 proibia a escolha de regime de comunhão de bens: entre maiores de sessenta anos para o sexo masculino; e maiores de cinquenta anos para o sexo feminino. A referida restrição era criticada por gerar uma desigualdade entre os sexos. Após inovações advindas do art. 1º da Lei nº 12.344 de 2010, atualmente a proibição da escolha de regime de bens se limita para maiores de setenta anos de ambos os sexos, ainda assim tal impedimento é visto de modo negativo ao implicar em uma restrição de liberdade por pessoas consideradas capazes de exercer todos os atos e direitos da vida civil. (WALD; FONSECA, 2015)

O referido dispositivo civil é ardorosamente criticado, de forma majoritária pela doutrina, por diversos argumentos. Dentre os posicionamentos, existem aqueles que se fundamentam na racionalidade, dispensando critérios como a moral e a questão financeira dos indivíduos, ensejando que se o fator interesse patrimonial existe para uma determinada idade, este fator também deveria existir em outras as idades, não sendo critério exclusivo para relação de idosos, desta forma, a proibição seria contraditória (PEREIRA, 2021).

A ideia que permanece sobre essa obrigação jurídica encontra fundamento na defesa dos idosos, perante sanções patrimoniais, até existem algumas posições que fazem menção a respeito do argumento do enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. A sanção trazida pelo referido artigo denota uma presunção *juris et de jure*, indicando a incapacidade mental de dirimir questões relativas à divisão de bens patrimoniais adquiridos na constância do matrimônio, sem fazer qualquer juízo probatório para chegar a conclusões satisfatórias. O impacto dessa restrição de liberdade na incomunicabilidade dos bens é absoluto (DIAS, 2015).

A respeito da incoerência legislativa (além de contraditória), a doutrina vai além do caráter patrimonial e da razão da proibição, expondo que não faz sentido, além de ilógico o idoso ser incapaz de definir o regime patrimonial do seu casamento, mas ser capaz de assumir o cargo de Presidente da República (MADALENO, 2021).

Ainda que demonstrados indícios de controvérsia do artigo, para alguns doutrinadores existe também o entendimento de que a sua função como Lei abrange não somente o idoso (como figura de personalidade civil), mas também o interesse dos herdeiros, que aguardaram muito tempo para terem a possibilidade de herdar os bens de seu antecessor. Em adicional, o casamento de um idoso com uma pessoa jovem não atrai prejuízos emocionais, como também abre novas possibilidades de oportunidades afetivas (TARTUCE, 2017).

Feitos os apontamentos necessários, a discussão da doutrina apresenta divergências entre os autores, revelando que, mesmo a norma sendo restritiva na liberdade dos idosos, ainda pode trazer consequências positivas. No tópico adiante comentar-se-á sobre alguns princípios fundamentais da Constituição Federal que estão diretamente alinhados com a discussão deste estudo.

2.2 OS REFLEXOS DA CONSTITUIÇÃO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS

A Constituição dispõe de princípios juridicamente protegidos, e parte deles é de suma importância para a preservação da condição humana dos idosos. Entre os princípios, inicialmente analisar-se-á o princípio da isonomia no casamento, que está presente no art.

226, §5º. O princípio da isonomia é um preceito legal que serve como meio jurídico para a garantia de tratamento igualitário entre os cônjuges (GONÇALVES, 2021).

A isonomia pode ser compreendida como a liberdade igualitária, adquirida pelos nubentes, que deve ser preservada no exercício do planejamento da família – pois instituições públicas e privadas são proibidas de sem impor aos nubentes em suas decisões particulares. Essa ideia demonstra que a Lei não interferirá no planejamento de famílias de integrantes mais jovens – porém, quando se tratar de integrantes em idade avançada no matrimônio, o legislador acreditaria ser compreensível aplicar um isolamento legislativo no tratamento de indivíduos sem uma motivação satisfatória (DIAS, 2015).

O referido princípio é fruto da conquista de direitos igualitários entre homens e mulheres, não se limitando somente à sua condição como papel em sociedade, mas também em efeitos *in natura*, isto é, suas características biológicas como idade, condição social, fisiológica, entre outras, que além de fonte jurídica é o resultado de transformações sociais que ao longo da história igualou, na medida das circunstâncias e realidades da sociedade, assim como os direitos e deveres dos homens e mulheres (CANEZIN, 2004).

A respeito desta exposição, aparentemente o fundamento constitucional não é seguido pela Lei, que faz uma marginalização a respeito da idade dos nubentes, afetando a concepção de isonomia conjugal, pois este princípio opera no plano constitucional como uma via de mão dupla – ao compasso em que as Leis e normas são utilizadas e empregadas, para que não sejam criadas novas desigualdades e diferenciações sem a menor necessidade, existindo também o dever de aplicar regras geradas por autoridade pública sem qualquer discriminação (MORAES, 2022).

O princípio da dignidade humana é fundamento supremo da ordem constitucional brasileira. No direito de família, a proteção da dignidade está inteiramente ligada aos direitos da personalidade, de modo que, para os olhos do Direito Civil, a caracterização dos direitos personalíssimos é de suma importância para a imputação e qualificação de garantias e direitos (DIAS, 2015).

O referido fundamento está disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988; sua interpretação é extensa, seu centro são os direitos à personalidade. Nesse sentido, a aplicação de tal princípio busca garantir a tutela constitucional para o pleno desenvolvimento humano, seja em ação alimentícia, ou na defesa de impenhorabilidade de um bem familiar. A questão principal é que a dignidade da pessoa humana provoca um fenômeno jurídico cível de despatrimonialização em conjunto com a personalização de institutos jurídicos (como a família), de maneira que a figura da pessoa humana esteja protegida ainda que a legislação diga o contrário (DIAS, 2015).

A dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia as relações no plano social, sendo uma garantia fundamental que se estende ao casamento, como instrumento constitucional a ser utilizado para a proteção dos cônjuges em todas as esferas de incidência. (PIOVESAN 2000).

Desta forma, em análise, a restrição imposta pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002 de forma evidente, atua contra a dignidade, na concepção de que a condição humana dos idosos é reduzida em decorrência de uma leitura do legislador, limitando o pleno desenvolvimento conjugal, em razão de motivação patrimonialista, afrontando a dignidade do casal. Nesse sentido, o artigo não está em harmonia com a visão constitucional (PIOVESAN, 2000).

A respeito do princípio da liberdade, fundamento que orienta alicerces do direito de família. Esta garantia expressa a vontade dos nubentes, analisando de forma isolada o modo pelo qual o indivíduo exerce a sua personalidade civil nas questões matrimoniais; sendo fundamento da personalidade civil, é irrenunciável e, conseqüentemente, conflita com a restrição imposta pelo Código Civil, no tocante a proibição de escolha do regime de bens pelo casal, de modo a se afastar o exercício da personalidade individual (NADER, 2016).

Aprofundando a respeito do uso deste fundamento no Direito de família, nota-se que a liberdade possui aplicação na questão da constituição da comunhão de vida familiar e no companheirismo; sendo assim, a descentralização da figura única do matrimônio proporciona a valorização do relacionamento afetivo e a felicidade das pessoas (CARVALHO, 2020).

O Direito familiar se modifica de forma constante, buscando inovar-se com novos conceitos, adicionalmente sob a proteção e tutela de princípios constitucionais, entre aqueles recepcionados pela Constituição, o princípio da liberdade é elemento fundamental para o desenvolvimento e amadurecimento do Direito humano. Este princípio tem o seu papel de assumir a responsabilidade pela coordenação, organização e limitação do livre-arbítrio, para a garantia das liberdades individuais. (DIAS, 2015).

Ao tocar-se na questão do exercício de liberdade, a sua incidência no plano cível deve ser respeitada, assim como é preciso conservar o seu manto de legalidade na legislação, de modo a aplicar regras protetoras da união estável, permitindo que os cônjuges possam desfrutar de benefícios proporcionados no plano da Lei e na esfera das relações sociais, vedando discriminações, entre elas, a imposta pelo art. 1.641, II do Código Civil de 2002 (CARVALHO, 2020).

Passadas as pontuações necessárias, o próximo tópico estudará o Estatuto do Idoso, alguns de seus fundamentos e sua incidência na proteção dos idosos.

2.3 O ESTATUTO DO IDOSO

Antes de abordar o Estatuto do Idoso é necessário dissertar sobre do que se trata essa figura no Brasil. No mais, para a legislação pátria se considera idoso todo indivíduo que possui sessenta anos, ou mais, em conformidade com o art. 1º do Estatuto do Idoso. O conceito de Direito Fundamental do idoso não é taxativo – apenas cumpre o objetivo de exemplificar e se adaptar conforme a figura do idoso se transforma em sociedade (BRAGA, 2011).

A inserção social, no tocante dos direitos para os idosos possui uma conexão social, que apresenta diferenças entre a moral e a sociologia, esta é pelo qual a razão de que regras e Leis podem ser impostas, forçando o cumprimento legislativo pelos idosos perante a sociedade. Nesse caso, é dever do sociólogo projetar os seus pensamentos, assim como o jurista os equacionar normativamente e o legislador fazê-los positivar, respeitando os limites de liberdade que o direito não pode ultrapassar (MARTINEZ, 1997).

O Estatuto do Idoso, no que se refere à disposição de bens, adotou uma regra repetitiva e discriminatória, pois no art. 10, §1 está estabelecido que idosos podem dispor de seus bens com exceção de incapacidade judicialmente comprovada. O princípio é repetitivo, já que estava anteriormente previsto no Código Civil de 1916 e também discriminatório, ao expor que existe relevância de existir Lei específica, para assegurar que idosos não deixam de ter direitos por conta do envelhecimento, fazendo compreender erroneamente que a idade avançada resulta na incapacidade (BRAGA, 2011)

Falando-se a respeito da autonomia dos idosos, em referência ao pleno de exercício de suas atividades, remonta-se a ideia de que o Direito permite que eles podem deliberar assuntos sobre seus gastos com recursos financeiros, com as pessoas que se relacionam e convivem. Entretanto, tal autonomia pode ser mal compreendida por parentes e amigos próximos do idoso. Esta compressão distorcida faz com que pessoas passem a crer que podem exercer poderes e restrições contra os idosos, como serem afastados de seus lares, decidir sobre como irá se realizar a partilha dos seus bens, de serem proibidos de constituir relacionamentos amorosos, de exercer atividades de lazer que na visão de familiares poderia ser considerada como um vexame (BRAGA, 2011).

Esse cerceamento de liberdade pode ser considerado como uma violação na condição da dignidade humana de idosos, além de os homogeneizar em semelhante condição a das crianças, gerando contradição, visto que eles diferentemente dos infantes, os idosos não são sujeitos de serem tutelados (BRAGA, 2011).

As estatísticas advindas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apresentaram dados, demonstrando que a taxa de envelhecimento no Brasil aumentou em

18% entre os anos de 2012 e 2017, alcançando a marca de 30.2 milhões (GALVAN; ZANATTA, 2019).

A problemática referente à manipulação de idosos na aquisição de bens por familiares se constitui como afronta aos direitos concedidos aos idosos, pela razão de que, na velhice, o grupo familiar deve proporcionar ao idoso a sua interação com a sociedade, saúde e estabilidade financeira. Estas atribuições, pelo Estatuto do Idoso, em seu art. 3º, são propósitos a serem atingidos socialmente (GALVAN; ZANATTA, 2019).

Por estas razões, o Estatuto do Idoso se orienta em conformidade com a Constituição, visto que o direito à igualdade existe para preservar os idosos em condições iguais a todas as outras pessoas da sociedade, como descreve o art. 5º da Constituição Federal de 1988, além de que, na *Magna Carta*, há a previsão dos objetivos fundamentais do Brasil – dentre eles, a promoção do bem da população, sem a discriminação por idade, além da redução das desigualdades, conforme o art. 3º, III e IV. Nesse sentido, a previsão constitucional enraizada no Estatuto do Idoso é de suma importância para a construção de uma identificação cidadã para os idosos (BRAGA, 2011).

Pelos elementos apontados, por mais que existam lacunas sociais deixadas por famílias que, por vezes, não sabem lidar com anciões, resultando no despreparo causado por estas lacunas sociais, surgem dúvidas quanto ao método de como lidar com o envelhecimento populacional. As lacunas deixadas pela sociedade e por dispositivos jurídicos exemplificam que falhas acabam gerando concepções distorcidas e irrealistas a respeito dos idosos. Em virtude do prisma social e jurídico, a existência do Estatuto do Idoso indicia que existe um descompasso entre os preceitos da Constituição com o Código Civil, que é refletido no modo como são vistos e tratados os idosos pela sociedade brasileira (2016 BOTH *apud* ARRUDA e BORGES).

2.4 OUTROS OLHARES

Na sequência dos pontos de vista apresentados ao longo do estudo se percebe o impacto que o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, possui na realidade da vida dos idosos, tornando-se necessário o complemento de outras áreas, sejam elas a biologia e a psicologia, entendendo-se sobre a afirmação, autonomia e independência dos indivíduos mais velhos, visto que pela ótica do Direito se impõe em restrições na escolha do regime de bens no matrimônio dos idosos.

Antes de entrar no mérito de estudos da psicologia é preciso estabelecer que existem quatro principais conceitos sobre a idade como fator de envelhecimento: a idade cronológica, a idade biológica, a idade social, e a idade psicológica. A idade cronológica é a transformação

do ser no decorrer dos anos, sendo numericamente contados desde o nascimento do indivíduo, entretanto, este fator numérico não é uma métrica de desenvolvimento biológico, psicológico e social. (HOYER; ROODIN *apud* SCHIEDER; IRIGARAY, 2008)

A idade biológica é definida pelas alterações do corpo e mentais, que ocorrem no transcorrer do tempo, caracterizando o envelhecimento. A idade social se define com a aquisição de hábitos e acessão na sociedade pelo indivíduo, atingindo expectativas da população. A idade psicológica pode ser definida por ações de indivíduos para se adaptar a exigências circunstanciais do meio (HOYER; ROODIN *apud* SCHIEDER; IRIGARAY, 2008).

A terceira idade resulta na redução na capacidade funcional devido ao transcurso do tempo, como qualquer organismo; porém, reduções não limitam o ser humano de desenvolver a vida plenamente, como qualquer indivíduo, além da questão física, como também o aspecto psíquico e social (MORAGAS, 1997).

Salienta-se que o envelhecimento biológico pode ser acelerado ou resultado de fatores além da idade; em exemplificação subjetiva, os fatores podem ser as condições de vida levada pelo idoso, o seu trabalho, comportamento, alimentação, uso de drogas, assim como o sedentarismo. Os fatores exteriores que podem levar à degeneração do ser humano ao longo da vida, em especial a idade avançada, podem ser as diferenças econômicas, políticas, sociais e a questão de políticas nacionais e regionais (ARRUDA; BORGES, 2016).

Sob o prisma de outras áreas de pesquisa, estudos de psicologia em avaliação argumentam que a formação de direitos da sociedade tem como base fatos ou necessidades sociais; sendo assim, a visão além da jurídica é necessária como forma de auxiliar a posição do Direito na relação de acontecimentos e embates à serem solucionados. O ponto principal para que a capacidade cognitiva do idoso se mantenha ativa e competente para discernimento de fatos e situações cotidianas se trata da promoção da vida ativa por meio de programas assistenciais (FERREIRA *et al.*, 2012).

A respeito do casamento, à luz da Constituição Federal, a promoção da família e do bem-estar social é condição propícia à preservação da saúde do idoso. Em determinadas ocasiões, podem ser elementos relevantes para o fortalecimento da união familiar, pois com o desenvolvimento social abrem-se oportunidades para a longevidade da população, fazendo surgir novas possibilidades, vontades juvenis e os desejos que por vezes foram coibidos na vida destas pessoas quando elas eram mais jovens. Ao atingir a idade avançada, prazeres pretéritos surgem novamente, assim os idosos querem aproveitar o seu tempo restante, para exercer suas vontades possibilitadas pelo Estado de bem-estar adquirido ao longo da vida (VAROTO; TRUZZI; PAVARINI, 2004).

A respeito da convivência familiar proporcionada pelo casamento certificou-se que parte dos idosos tem a preferência de morar com ao menos um familiar, aumentando o convívio e fazendo-se de grande utilidade para ajudar em questões diárias, como também uma forma de contribuir para que o retardamento mental seja enfraquecido (BORGES *et al.*, 2013)

Os fatores de maior incidência na questão da capacidade de tomada de decisões de idosos são a sua condição financeira e de saúde, doenças como hipertensão arterial, osteoporose, doença pulmonar obstrutiva crônica, são exemplos das enfermidades mais comuns entre indivíduos avaliados. Constando este levantamento, políticas públicas de atendimento integral com atividades multiprofissionais podem ser essenciais para a promoção do estímulo cognitivo entre outras atividades para preservar a qualidade de vida das pessoas na terceira idade (NUNES *et al.*, 2010).

Dentre os estudos apresentados, entende-se que proporcionar um ambiente familiar saudável, assim como políticas públicas de saúde, podem ser aplicadas como premissa na conservação do discernimento e capacidade dos idosos, ainda que existam posições contrárias, que argumentam sobre os perigos de familiares e do cônjuge se aproveitarem da situação, agindo maliciosamente contra o idoso. Desta forma, é de suma importância avaliar o relacionamento dos idosos, como também a sua qualidade em relação aos parentes e pessoas próximas, no sentido de precaver riscos e perigos de má-fé e respeitando a condição humana do indivíduo da terceira idade.

2.5 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA INCONSTITUCIONALIDADE

Antes de prosseguir com a análise a respeito da inconstitucionalidade, é necessário mencionar que a caracterização cerne da Lei apresentada neste estudo, se situa na pretensão de definição sobre a incapacidade dos idosos. Ressalva-se que, como anteriormente mencionado, independentemente do rol de incapazes listados no Código Civil, não há menção ao indivíduo idoso; sendo assim, entende-se que qualquer interpretação ao considerar os idosos como incapazes em virtude de sua idade seria inadmissível, pois não há previsão legal para tal interpretação (GONÇALVES, 2010).

O regime de bens do casamento pode ser escolhido pelos nubentes no exercício de livre arbítrio, no tocante ao matrimônio das pessoas com idade igual ou superior aos setenta anos. Existem percepções de que o legislador estaria protegendo bens e recursos dos idosos; apesar disso, a proteção na realidade se incide sobre a expectativa de aquisição do patrimônio e de valores pelos herdeiros dos idosos (MADALENO, 2021).

Essa linha de pensamento não seria compatível com o Código Civil ao abrir uma lacuna para a discriminar, por conta do decurso temporal, fazendo presumir falta de senilidade das pessoas a partir dos setenta anos de idade. A restrição causaria dano irreparável à cidadania dos idosos, restringindo sua liberdade, ao desconsiderar a vontade em detrimento de uma possibilidade de proteção e ferindo a dignidade humana do indivíduo (MADALENO, 2021).

Algumas Leis podem negar efeitos patrimoniais no Codex Civil, porém nenhuma delas apresenta comprovada razão do perigo do enriquecimento sem causa; todavia, das previsões existentes no Código, a proibição aos nubentes maiores de setenta anos é a mais alarmante, afrontando o Estatuto do Idoso, instrumento constitucionalizado, que visa à proteção integral dos idosos. Somente quando o matrimônio antecede a união estável que não é aplicada a restrição; a Lei é inflexível não abre espaço para qualquer resposta e escancara a sua violação do princípio da isonomia (DIAS, 2015).

Na década de 1980 o legislador até poderia apresentar uma justificativa de aplicar a restrição, pois esta foi a época em que o Código Civil teria sido planejado, quando não existia o Estatuto do Idoso, período em que a inviolabilidade da intimidade e da vida privada eram novidades do art. 5º da Constituição Federal; entretanto, a tal justificativa não caberia para os dias atuais, em vista de que a referida supressão de liberdade da Lei viola princípios constitucionais, entre eles os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade (BRAGA, 2011).

A motivação que entorna a restrição na escolha do regime de bens por maiores de setenta anos, com o entendimento jurídico de doutrinadores do Direito Civil é afastada, em razão das visões da psicologia e da biologia apresentadas, sendo mais coerente existirem outras formas de avaliação da capacidade dos idosos, antes do ato de formalização do casamento (CHINELLATO, 2004).

A plena capacidade mental tem que ser avaliada no caso concreto individualmente, não sendo frutífero a Lei a presumir, por uma questão de visão de mundo do legislador, que somente reproduziu política legislativa, se fundamentando em acepções do século passado (CHINELLATO, 2004).

Atentando-se a responder o principal questionamento levantado neste trabalho, é notório que a doutrina, majoritariamente, possui uma linha de pensamento pendente para a ideia de que a restrição existente é inconstitucional. O motivo que essa linha doutrinária é pelas violações a princípios constitucionais, sejam eles a liberdade, a dignidade da pessoa humana ou a isonomia.

Feitas as considerações em análise, é possível verificar que a restrição trazida pelo art. 1.641, II do Código Civil de 2002, poderia ser benéfica para algum caso específico; entretanto, ainda que possa produzir efeitos positivos, não estariam afastado o fato dela ser inconstitucional, justamente por atentar contra fundamentos da Constituição, causando um desalinhamento entre o Código Civil e a *Magna Carta*. Pelos elementos pontuados e também os argumentos da doutrina apresentados, conclui-se que o Art. 1641, II do Código Civil de 2002 é inconstitucional.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como seu objetivo principal, promover uma investigação a respeito da inconstitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil de 2002, este que limita a liberdade de escolha do regime da comunhão de bens no matrimônio por maiores de setenta anos, deixando apenas disponível o regime de separação obrigatória de bens.

A pesquisa apresentou o instituto do casamento, sua evolução e transformações ao longo do tempo. Foram demonstradas algumas noções e visões do casamento no Direito, principalmente suas funções em sociedade, após a criação da Constituição de 1988, que é marcada na história do Direito brasileiro por igualar direitos e deveres dos cônjuges.

O Código Civil de 2002 denomina outros quatro regimes de bens que estariam disponíveis para o casal optar; no entanto, entre os idosos a escolha não é permitida, por isso a avaliação se concentrou apenas no regime da separação total de bens. Dentre os elementos jurídicos encontrados no decorrer do desenvolvimento, parte deles indica que a Lei seria inconstitucional pela a sua restrição imposta. Sobre os elementos encontrados, classificar-se-á nas seguintes categorias:

Elementos Constitucionais: Na análise dos princípios da isonomia, da liberdade e da dignidade humana, verificou-se que a supressão de escolha imposta na Lei, viola os referidos fundamentos, levando a entender que por este olhar, o artigo poderia ser enquadrado como inconstitucional, por não se encontrar em consonância com os princípios da Constituição Federal.

Elementos do Estatuto do Idoso: A avaliação do Estatuto do Idoso, indicou que a Lei apenas reproduziu interpretações que já existem na legislação; no entanto, ela contradiz alguns objetivos basilares do próprio Estatuto que inclusive estão espelhados na *Magna Carta*, sendo eles: Promover a redução da desigualdade, o tratamento isômero e reduzir a discriminação pela idade. Essa hipótese poderia considerar a restrição inconstitucional em razão de contrariar objetivos previstos e guardados pela Constituição.

Elementos do Direito Civil: Foram encontrados indícios na legislação, demonstrando que a restrição pode ser contestada, de modo que o Código Civil de 2002, não prevê idosos como indivíduos incapazes. É plausível afirmar que a Lei seria passível de ser revogada, ou até que o rol de incapazes seja estendido, justamente para alinhar as lacunas jurídicas deixadas pelo Código.

Elementos da Saúde na questão da capacidade: Nesta categoria foram levantados dados e estudos complementares, mostrando que é necessário que seja revisto o método de avaliação de capacidade dos idosos, pois muitos outros fatores biológicos e sociais são as principais causas da perda do discernimento de mundo, como doenças, as condições econômicas levadas em vida, uso de entorpecentes, entre outros. Por esta razão, a limitação teria de ser reavaliada, através de outras formas de qualificar a capacidade dos idosos, para concluir a necessidade da restrição em Lei em caso concreto.

Feitas as devidas considerações, necessita-se estabelecer que no decorrer do estudo, duas correntes do pensamento doutrinário foram expostas. São elas:

A Corrente Majoritária que considera a determinação como inconstitucional, pelo fato de estar violando princípios constitucionais, como a isonomia, a liberdade e a dignidade humana, além de contradizer o próprio Código Civil de 2002 – seja por desconsiderar a capacidade do idoso, ou pelo fato do legislador ter discriminado imprudentemente, na tentativa de proteger o patrimônio dos idosos.

A Corrente Minoritária que enxerga a Lei como constitucional, na medida em que realiza uma justificada marginalização dos idosos com o intuito de proteger seus bens e respeitar o direito de herança de seus herdeiros, sendo uma imposição necessária para a garantia do bem-estar patrimonial.

As duas correntes sugerem que o legislador discriminou os idosos por força da Lei; no entanto, a diferença de ambas é que a visão majoritária conclui que a segregação possui um efeito negativo em razão de violar fundamentos da Constituição. A corrente minoritária por sua vez se manifesta dizendo que a discriminação encontrada tem efeito positivo porque ela protege o patrimônio do idoso sem reduzir suas vontades e garante o direito de herança de seus descendentes.

Diante do exposto, despreende-se que o art. 1.641, II do Código Civil de 2002, é uma norma discriminadora ao reduzir a liberdade de escolha do regime da comunhão de bens para maiores de setenta anos. Esse afastamento ignorou fatos e estudos biológicos e também psicológicos ao considerar a incapacidade de pessoas maiores de setenta anos, levantando-se sugestivamente, que existe a necessidade de se promover mudanças no mecanismo de

avaliação desta capacidade, uma vez que, embora consiga trazer efeitos positivos, não ignora violações a princípios constitucionalizados.

Conclui-se, portanto, que o dispositivo estudado é inconstitucional, seja pela a perspectiva da Constituição Federal, do Código Civil, do Estatuto do Idoso, como também pelas avaliações complementares da biologia e da psicologia. Por esta razão é de suma relevância que a restrição seja repensada em favor do bem-estar social futuro, visto que os casamentos com ao menos um idoso estão aumentando consideravelmente, seus efeitos ainda repercutem na vida de milhares de indivíduos na idade avançada.

Os objetivos da pesquisa foram alcançados, os resultados assinalam que o tema precisa ser desenvolvido, mesmo que a doutrina tenha um posicionamento majoritariamente cosolidado, há muito o que se fazer, para que os frutos obtidos no presente trabalho consigam surtir efeitos e aplicações eficazes.

A mudança em Lei se mostra necessária, sendo possível promover meios de alteração, seja na via repercussão legislativa, ou pela vontade jurídica, para que seja incluído de forma exigível avaliações médicas e psicológicas, assim a justiça poderá decidir as questões com relação sobre a capacidade dos idosos no poder de escolha do regime da comunhão de bens de seu casamento.

4. REFERÊNCIAS

ARRUDA, Camila. R. D. M: BORGES, Leticia. M. D. O. O Direito Fundamental a Envelhecer com Dignidade. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, Curitiba, v.2, n. 2, p.210-229, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/1228/1659>. Acesso em: 03 jul. 2022.

BORGES, Aline Moriás *et al.* Independência funcional e qualidade de vida dos idosos. **Memorialidades**, Bahia, a. 10, n. 19, p. 81-100, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.uesc.br/index.php/memorialidades/article/view/17>. Acesso em: 01 mai. 2022.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. 1.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071** de 1º de janeiro de 1916. Código Civil 1916, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Código Civil 2002, Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.344**, de 9 de dezembro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm. Acesso em: 13 mar 2022

CANEZIN, Claudete Carvalho. *A Mulher e o Casamento: da Submissão à Emancipação*. **Revista Jurídica Cesumar**, Paraná, v. 4, n. 1, p. 143-156, 2004. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/368>. Acesso em: 13 mar. 2022.

CARVALHO. Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 8.ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CHINELLATO, Silmara Juny; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Comentários ao Código Civil**. 1.ed. v. 18 São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual Direito das Famílias**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Olívia Galvão Lucena *et al.* Envelhecimento ativo e sua relação com a independência funcional. **Texto & Contexto Enfermagem**, Santa Catarina, v. 21, n. 3, p. 513-518, jun./set. 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/273222079_Envelhecimento_ativo_e_sua_relacao_com_a_independencia_funcional. Acesso em: 01 mai. 2022.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Direito de Família**. 1.ed. Caxias do Sul: Editora Educ, 2015.

GALVAN, Fernanda; ZANNATA, Maria. D. L. A. L. A proteção dos direitos sociais e garantias constitucionais na fragilidade de idosos em vulnerabilidade social. **Trayectorias Humanas Trascontinentales (TraHs)**, n. 5, p.136-147, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.25965/trahs.1465>. Acesso: 03 jul. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7.ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 18.ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Tabela 4780 – Casamentos, por mês de ocorrência, nacionalidade dos conjugues, e lugar de registro**: Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/4780#resultado>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

HOYER, William J; ROODIN, Paul A. **Adult development and aging**. 6.ed. New York: The McGraw-Hill, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Volume 5: Famílias**, 11.ed, São Paulo: Saraiva Educação 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2021.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos idosos**. 1.ed São Paulo: LTr, 1997.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38.ed, São Paulo: Editora Atlas, Grupo Gen, 2022.

MORAGAS, Ricardo. **Gerontologia social**: envelhecimento e qualidade de vida. 1.ed. São Paulo: Paulinas, 1997.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Volume 5: Direito de Família, 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, Grupo GEN, 2016.

NUNES, *et al.* Capacidade funcional, condições socioeconômicas e de saúde de idosos atendidos por equipes de saúde da família de Goiânia (GO, Brasil). **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 6, p. 2887-2898, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.bc.ufg.br/handle/ri/16656>>. Acesso em: 29 jul. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família. Vol. V. 29.ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4.ed., rev., ampl e atual., São Paulo: Max Limonad, 2000.

SCHNEIDER, Rodolfo; IRIGARAY, Tatiana. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos e sociais. Campinas, **Revista Estudos da Psicologia**, v. 25, p. 585-593, out./dez. 2008. *Apud* BOTH, Agostinho. *Gerontologia: Educação e Longevidade*. Passo Fundo: Imperial, 1999. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250051015_O_envelhecimento_na_atualidade_Aspectos_cronologicos_biologicos_psicologicos_e_sociais. Acesso em: 01 jun. 2022.

SCHNEIDER, Rodolfo; IRIGARAY, Tatiana. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos e sociais. Campinas, **Revista Estudos da Psicologia**, v. 25, p. 585-593, out./dez. 2008. *Apud* HOYER, William J; ROODIN, Paul A. *Adult development and aging*. New York: The McGraw-Hill, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250051015_O_envelhecimento_na_atualidade_Aspectos_cronologicos_biologicos_psicologicos_e_sociais. Acesso em: 01 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito de Família. 12.ed., rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VAROTO, Vania. A. G; TRUZZI, Oswaldo. M. S; PAVARINI, Sofia C. L. Programas para idosos independentes: um estudo sobre seus egressos e a prevalência de doenças crônicas. **Texto & Contexto Enfermagem**, Santa Catarina, v. 13, n. 1, p. 107-114, jan./mar. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/26603345_Programas_para_idosos_independentes_um_estudo_sobre_seus_egressos_e_a_prevalencia_de_doencas_cronicas. Acesso em: 01 mai. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Direito de família. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014

WALD, Arnaldo; FONSECA, Priscila M.P Corrêa da. **Direito civil**: direito de família. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Contatos: flavio7ferraz@gmail.com e maurita.teodoro@mackenzie.br