

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BACHARELADO EM DIREITO

PAULO RICARDO PRUDENTE DE NOVAES

**A IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO
APÓS OS 70 ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA**

**Aracaju
2016**

PAULO RICARDO PRUDENTE DE NOVAES

**A IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO
APÓS OS 70 ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe –
FANESE, como um dos requisitos para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Professor Esp. José Carlos Santos

**Aracaju
2016**

N935i NOVAES, Paulo Ricardo Prudente de.

A Impossibilidade De Escolha Do Regime De Bens No Casamento Após os 70 Anos: uma análise normativa / Paulo Ricardo Prudente de Novaes. Aracaju, 2016. 106 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Esp. José Carlos Santos

1. Idoso 2. Casamento 3. Regime de Bens 4. Separação Obrigatória 5. Dignidade Humana I. Título.

CDU 347.62(813.7)

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

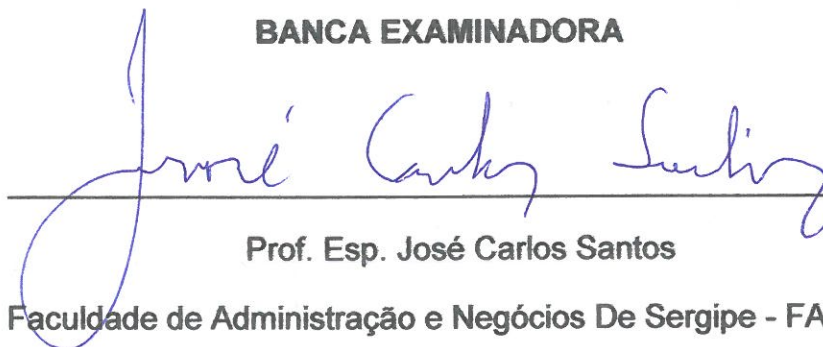
PAULO RICARDO PRUDENTE DE NOVAES

**A IMPOSSIBILIDADE DE ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO
APÓS OS 70 ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA**

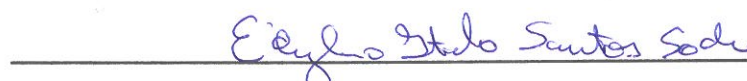
Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 18 / 06 / 2016

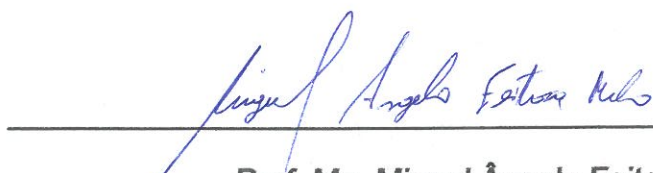
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios De Sergipe - FANESE



Prof. Me. Edyleno Ítalo Santos Sodré
Faculdade de Administração e Negócios De Sergipe - FANESE



Prof. Me. Miguel Ângelo Feitosa Melo
Faculdade de Administração e Negócios De Sergipe - FANESE

A todos que amo, em especial minha
esposa Eudora e meus filhos
Gustavo, Paula e Luiza.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, responsável maior por essa conquista, por ter me concedido saúde, ânimo e determinação para perseverar na realização desse sonho.

A minha esposa Eudora e aos meus filhos Gustavo, Paula e Luiza, parceiros em todas as horas e meus maiores incentivadores, pelo incondicional apoio e compreensão que tornou possível e exitosa essa jornada.

Aos meus pais, Paulo (*in memoriam*) e Marlene, pela inspiração de sempre. Referências de honestidade e luta, decisivas na formação do meu caráter, e que pela capacidade de indignarem-se com as injustiças e contra elas lutarem, em muito me aproximaram do Direito. De igual modo, à presença lúcida, vibrante e amiga de tia Lulu, a ensinar que seguir em frente, com fé, é sempre a melhor conduta.

À Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, que pela excelência acadêmica de seus quadros, proporcionou-me um curso de reconhecida e destacável qualidade. Estendo a mesma gratidão a todos os seus colaboradores que tornaram essa convivência fraterna, prazerosa e realizadora. Sou-lhes grato. Sinto a FANESE como uma extensão da minha casa.

Ao Professor Dr. Pedro Durão, Coordenador do Curso de Direito, e a sua equipe, pela competência e dedicação demonstradas na condução do curso.

Ao meu orientador, Prof. Esp. José Carlos Santos, pela competência, generosidade e presteza, em compartilhar sua vasta experiência jurídica, tanto nas aulas teóricas e práticas, quanto na orientação desse trabalho. Muito Obrigado, Mestre!

Aos professores que tornaram cada vez mais instigante e prazerosa essa pesquisa: Prof. Me. Fernando Ferreira da Silva Júnior, Profa. Ma. Antonina Gallotti Lima Leão e Profa. Pós. doc. Hortência de Abreu Gonçalves.

A todos os docentes com quem direta ou indiretamente convivi ao longo dessa graduação, e que certamente foram decisivos para a minha formação. Com especial destaque para: o Prof. Me. Evânio Moura, a Profa. Ma. Clara Cardoso Machado Jaborandy, o Prof. Me. Victor Condorelli e o Prof. Me. Lucas Cardinalli.

Aos colegas do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe: Alexandre Linhares, Erick Brasil e Jorge Cunha, pelo incentivo sempre dispensado.

De igual modo, expresso também minha gratidão, aos colegas de curso: Tiago Cunha, Marcelo Barbosa, Roberta Ribeiro, Itacy Marques e Lucas Lima. Obrigado Amigos.

O fim do Direito não é abolir nem restringir,
mas preservar e ampliar a liberdade.

John Locke

RESUMO

O aumento da expectativa de vida no Brasil tem ensejado uma maior participação do idoso na sociedade e nesse sentido, questões relevantes a respeito da proteção e da defesa dos seus direitos fundamentais são sempre atuais e merecedoras de atenção. A votação e aprovação em definitivo na Câmara dos Deputados, em 06/05/2015, da PEC 475/2005, que ampliou de 70 para 75 anos o limite etário para efeitos de aposentadoria compulsória de Ministros dos Tribunais Superiores, veio sinalizar de forma inequívoca, não ser a idade, necessariamente, fator limitante ao pleno exercício de uma vida produtiva. Apesar de a realidade mostrar uma participação cada vez mais efetiva dos idosos no meio social, seja no trabalho, no sustento de suas famílias ou com destacada atuação na vida política, jurídica, administrativa e econômica do país. E em que pese ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição Cidadã, fundada acima de tudo no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda se constata no ordenamento jurídico pátrio, normas positivadas aparentemente incompatíveis com essa suprema orientação, a exemplo do art. 1.641, II, do CC/2002, que ao impossibilitar aos maiores de 70 anos qualquer possibilidade de escolha quanto ao regime de bens a reger seu casamento, impõe de forma autoritária e obrigatória o regime da separação legal de bens. Analisar a possível incompatibilidade normativa dessa imposição, é o desafio do presente trabalho. Onde se discutirá a participação dos idosos na vida social e a proteção normativa aos mesmos no ordenamento. Os aspectos contemporâneos do Direito de Família, seus Princípios Norteadores e os novos arranjos familiares. Os regimes de bens no casamento, sua formalização, seus tipos e suas implicações patrimoniais. E a compatibilidade do art. 1.641, II, do CC/2002, com a CRFB/88, com o Estatuto do Idoso, com o próprio CC/2002 e com normas de Direito Internacional acatadas pelo Brasil. Para melhor compreender e assim poder contribuir com o aperfeiçoamento da legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Casamento. Regime de Bens. Separação Obrigatória. Dignidade Humana.

ABSTRACT

The growth of life expectancy in Brazil has caused greater participation of the elderly in society and in this sense; relevant issues concerning the protection and defense of their fundamental rights are always requiring attention. The voting and approval in the Chamber of Deputies, on 6.5.2015, the PEC 475/2005, which increased from 70 to 75 years of age limit with the aims of mandatory retirement in relation to the ministers of the Supreme Courts, came to show in an unambiguous manner that the age isn't necessarily a limiting factor to the full exercise of a productive life. Although the reality is an increasingly effective participation of older people in the social environment, whether at work, supporting their families or outstanding performance in political, legal, administrative and economic issues of the country. Although Brazil is a democratic state governed by a Citizen Constitution, founded above all on the Principle of Human Dignity. There's still in the Brazilian legal system, standards apparently incompatible with this supreme guidance, like the art. 1641, II, DC / 2002 that makes it impossible to the people over 70 years of age have any choice to property regime governing their marriage, imposing in an authoritarian way the basis forms of the regime of legal separation of property. The challenge of the present article is to analyze the possible incompatibility rules of this law, where will be discussed the engagement of the elderly in social and their law protection. The contemporaneous aspects of family law, its Guiding Principles and the new family arrangements. The marital system in marriage, its formalization, types and their property implications. In addition, the compatibility of the art. 1641, II, DC / 2002 to the CRFB / 88, with the Elderly Statute, with its own DC / 2002 and regulations of international law adhered by Brazil. To better understand and thus to contribute to the improvement of legislation.

KEYWORDS: Elderly. Marriage. Matrimonial Regime. Separation of Property. Human Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CC/1916	Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CPC/1973	Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973
CPC/2015	Código de Processo Civil – Lei n. 13.105 de 16/03/2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
PL	Projeto de Lei da Câmara dos Deputados
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial

LISTA DE SIGLAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJSE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.1	Conceito e Características das Famílias	21
2.2	Princípios do Direito de Família	24
2.2.1	Considerações iniciais	24
2.2.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
2.2.3	Princípio da Liberdade	33
2.2.4	Princípio da Autonomia Privada.....	34
2.2.5	Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família	36
2.2.6	Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares.....	39
2.2.7	Princípio da Igualdade (Isonomia)	42
2.2.8	Princípio da Proteção do Idoso.....	45
3	BREVES NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	47
3.1	Controle de Constitucionalidade	47
3.1.1	Introdução, Objeto, Pressupostos, Conceito e Paradigmas.....	47
3.1.2	Espécies de Inconstitucionalidade	48
3.1.3	Modalidades de Controle	49
3.2	Controle de Convencionalidade	50
4	REGIMES DE BENS	51
4.1	Conceito e Generalidades	51
4.2	Natureza Jurídica do Pacto Antenupcial	54
4.3	Princípios Norteadores	55
4.3.1	Princípio da Liberdade de Escolha	55
4.3.2	Princípio da Variedade de Regimes	55
4.3.3	Princípio da Mutabilidade Motivada	55
4.4	Modalidades de Regimes	57
4.4.1	Comunhão Parcial	57
4.4.2	Comunhão Universal.....	58
4.4.3	Separação de Bens	59
4.4.4	Participação final nos Aquestos.....	60
5	IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE IDOSOS	62

5.1	Posição Atual do Idoso na Sociedade	62
5.2	Evolução Histórica da Imposição.....	66
5.3	Posições Doutrinárias – Revisão da Literatura.....	70
5.4	Posições Jurisprudenciais	77
5.5	Reação Legislativa	81
6	ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE NORMATIVA DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL	84
6.1	Introdução	84
6.2	Com a Constituição Federal	84
6.3	Com o Código Civil de 2002.....	87
6.4	Com o Estatuto do Idoso	88
6.5	Com o Pacto de São José da Costa Rica	91
6.6	Com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	94
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
	REFERÊNCIAS.....	101

1 INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal instituiu uma nova ordem jurídica, edificada, sobretudo, na prevalência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a ser observado como princípio reitor em todos os níveis normativos do ordenamento jurídico pátrio, bem como, em toda atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas, de modo a concretizar a solução mais justa e humana dos conflitos.

Em razão dessa opção prioritária em favor da pessoa humana, várias ações governamentais positivas são empreendidas nas áreas de saúde e saneamento básico, que associadas a uma maior difusão de informações e a um significativo avanço nas condições de combate às enfermidades, em muito contribuí para a melhoria da qualidade de vida na sociedade. Campanhas de vacinação, serviços médicos especializados, novos tipos de exames de diagnóstico e medicamentos cada vez mais eficientes que surgem a cada dia, tem proporcionado significativo aumento na expectativa de vida da população.

Esse incremento na longevidade da população tem como consequência imediata uma participação maior, mais efetiva e mais produtiva dos idosos na sociedade, seja em ocupar postos de trabalho cada vez mais numerosos e mais importantes, seja em participar politicamente dos destinos do país, seja em manter a estabilidade financeira de suas famílias, ou até mesmo, em constituir novas relações conjugais. Há algum tempo o Brasil deixou de ser um país de jovens. Há algum tempo, idade deixou de ser sinônimo de problema e, muito menos, de incapacidade.

Nessa linha de uma maior e mais efetiva participação dos idosos na sociedade, cumpre lembrar os debates na Câmara dos Deputados a respeito da necessidade e da prioridade em se votar, o mais rápido possível, a PEC 475/2005, de autoria do senador Pedro Simon (PMDB-RS), que buscava ampliar de 70 para 75 anos, o limite para efeitos de aposentadoria compulsória dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União. Essa proposta de emenda à constituição, aprovada no Senado desde 2005 e a espera de votação na outra casa legislativa, veio a ser votada e aprovada em definitivo em 06/05/2015, dando origem à EC n. 88, de 07/05/2015. A demonstrar, de modo inequívoco, não ser a idade,

necessariamente, um fator limitante da capacidade da pessoa poder decidir o destino dos outros e, muito menos, o seu próprio destino.

É razoável supor que esse significativo aumento na expectativa de vida observado em nosso país, também se reflita em um maior número de uniões conjugais a envolver pessoas com 70 anos ou mais. Essa realidade tem reacendido as discussões a respeito da razoabilidade do viés, supostamente protetivo, da imposição legal do regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos, presente no art. 1.641, II do CC/2002, notadamente, no que diz respeito à aderência dessa regra aos Princípios da Igualdade, da Liberdade no sentido de Autonomia Privada e da Dignidade da Pessoa Humana, previstos na CRFB/88.

Dessa forma, uma questão inquietante se impõe: Será compatível com o nosso ordenamento jurídico - Constituição Federal, Código Civil, Estatuto do Idoso - e com Normas de Direito Internacional às quais o Brasil aderiu, a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos?

Na busca por respostas, questões norteadoras delimitam e iluminam um caminho: Em que se inspira e como se apresenta o direito de família contemporâneo? Existem limites aceitáveis à intervenção estatal nas relações privadas no âmbito da família? Qual o atual papel do idoso na vida social brasileira? Há algum nível de proteção legal conferida ao idoso no ordenamento jurídico pátrio? De que forma são tratadas as questões patrimoniais nas uniões conjugais? Como é tratado o idoso maior de 70 anos com relação aos aspectos patrimoniais do casamento? Haveria justo motivo para a imposição de limite à autonomia da vontade quanto à livre escolha do regime de bens no casamento em razão da idade? Será efetivamente protetiva a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento para os maiores de 70 anos? Existe compatibilidade normativa na tutela dos interesses patrimoniais de idosos em razão do casamento?

A partir desses elementos norteadores e do aprofundamento das análises sobre os mesmos, espera-se ao final da pesquisa, o encontro com a melhor resposta para a questão proposta.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a coerência e a compatibilidade normativa da imposição legal do regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos, previsto no art. 1.641, II do CC/2002, à luz da Constituição Federal, do Código Civil, do Estatuto do Idoso e de algumas Normas de Direito Internacional aderidas e ratificadas pelo Brasil. Especificamente, buscar-se-á refletir sobre os aspectos contemporâneos do direito de família e seus princípios norteadores; comentar em breves notas o controle de constitucionalidade e de convencionalidade; detalhar os regimes de bens no casamento, seu conceito, formalidades, natureza jurídica, princípios gerais, modalidades e implicações patrimoniais; descrever a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos, o atual estágio de participação dos idosos na sociedade, a evolução histórica dessa imposição, as posições doutrinárias e jurisprudenciais, e a reação legislativa; e analisar a compatibilidade normativa da regra disposta no art. 1.641, II do CC/2002 com a CRFB/88, com o próprio Código Civil, com o Estatuto do Idoso, com o Pacto de São José da Costa Rica e com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Esses Pactos, ratificados em 1992, serão abordados por serem materialmente constitucionais, nos termos do art. 5º, §2º, da CRFB/88. Também, porque a partir da EC 45/2004, que inseriu o §3º ao referido art. 5º, conferiu-se estatura de norma material e formalmente constitucional, aos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, aprovados segundo o rito das emendas, previsto no art. 60 da constituição. E ainda porque, o STF em 2008, no julgamento do RE 466.343, decidiu que:

[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados na forma do art. 5º, §3º (quando teriam natureza de norma constitucional), têm natureza de normas **supralegais**, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário. (LENZA, 2014, p. 337).

Dessa forma, cumpre também aferir se a norma discutida de alguma maneira agride disposições desses diplomas legais, que como visto, deverão sobre ela preponderar. A implicar paralisação de eficácia da mesma, em caso positivo.

A opção por esse tema justifica-se em razão da grande polêmica que o mesmo continua a disseminar no meio jurídico, notadamente, após a aprovação da referida PEC 475/2005 (EC n. 88, de 07/05/2015), e da perspectiva de propagação

dos seus efeitos para Juízes e Desembargadores dos demais Tribunais, membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e ocupantes dos demais cargos da administração pública em todos os níveis.

Estudo recente do IBGE, em 2015, sobre a mudança demográfica no Brasil no início do século XXI, revelou serem os idosos o segmento populacional que mais cresce na população brasileira, com taxas de crescimento projetada em mais de 4% ao ano no período de 2012 a 2022. Segundo esse estudo, a população com 60 anos ou mais de idade passa de 14,2 milhões, em 2000, para 19,6 milhões, em 2010, e deve atingir 41,5 milhões, em 2030, e 73,5 milhões, em 2060. E ainda estima-se um aumento anual médio de mais de um milhão de idosos, para os próximos 10 anos. Tudo isso em consequência da queda de fecundidade e de mortalidade em todas as faixas, verificadas no País. (ERVATTI; BORGES e JARDIM, 2015, p. 146).

Em um outro estudo também do IBGE, um pouco mais antigo, sobre as condições de vida da população brasileira em 2014, com abrangência nacional, e que usou como principais fontes de informação: a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2013, o Censo Demográfico 2010 e a Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade 2013. Concluiu-se que em 2013, a participação relativa dos idosos de 60 anos ou mais de idade, foi de 13,0% da população total, e que este indicador foi mais elevado para a região sul (14,5%) e menos expressivo na região norte (8,8%) (IBGE, 2014, p.37). Esse percentual de 13% era de 11% em estudo semelhante realizado em 2007, pelo mesmo instituto, a sinalizar, de forma inequívoca, que a população brasileira de idosos continua a crescer de forma significativa.

Por outro lado, não foi possível encontrar estudo científico que afirme, categoricamente, serem as pessoas maiores de 70 anos incapazes, de racionalmente, e de forma livre, expressarem a sua opinião, ou manifestarem a sua vontade. A realidade está a mostrar que essas pessoas, em razão da longa existência e das experiências vividas em diferentes contextos ao longo do tempo, são portadoras de uma sabedoria própria, reflexo de toda uma vivência pessoal, familiar e profissional, que lhes confere plena capacidade para decidir, por si só, os seus destinos. Idade elevada, portanto, não se constitui, necessariamente, fator limitante da capacidade de autodeterminação pessoal. Tanto que, aos 75 anos,

pode-se estar no Senado a criar leis, ou no STF a decidir questões jurídicas relevantes para toda a sociedade.

Feitas essas considerações, fica claro perceber que o tema proposto se reveste de inegável relevância e atualidade, tanto no meio jurídico, quanto no meio acadêmico. Não só por constituir-se, desde logo, inaceitável e injusta discriminação aos idosos, cada vez mais numerosos na sociedade e merecedores de todo respeito a sua dignidade, como também, por ir de encontro ao necessário aprofundamento das análises sobre possíveis incompatibilidades normativas, de modo a poder contribuir para o aperfeiçoamento da legislação, e assim ampliar a concretização dos direitos fundamentais, na direção de uma sociedade mais justa, solidária e livre de preconceitos e discriminações.

A relevância acadêmica advém da possibilidade de desenvolvimento da capacidade crítica, e do amadurecimento jurídico, proporcionados pelo aprofundamento da análise sobre a possível incongruência da norma enfrentada em face da realidade social, da prevalência dos Direitos Fundamentais consignados na Constituição e nos demais diplomas legais referidos.

Já a relevância jurídica, diz respeito à possibilidade da análise poder vir a sugerir alteração legislativa que elimine ou atenuar a limitação imposta, ou até mesmo, encontrar alternativa de contorno capaz de fazer prevalecer a primazia da Dignidade da Pessoa Humana e a liberdade de escolha da pessoa capaz.

O trabalho será desenvolvido a partir de uma pesquisa qualitativa, de natureza juridicossociológica, que buscará confrontar a norma debatida – o art. 1.641, II, do CC/2002 - com outras existentes no ordenamento jurídico e com relevantes aspectos da realidade social contemporânea. Será examinada a evolução histórica da imposição e avaliada as posições doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao tema.

Será, portanto, uma pesquisa com intenção propositiva, não só do ponto de vista de poder vir a sugerir mudança legislativa no dispositivo legal analisado, como também, de delinear à luz das normas disponíveis, possibilidades de contorno à limitação imposta pelo objeto pesquisado.

O caminho a ser trilhado no enfrentamento do tema seguirá as orientações do método hipotético-dedutivo. Partirá da hipótese inicial de parecer benéfico e

protetivo aos maiores de 70 anos, a imposição do regime da separação de bens no casamento, ao almejar proteger o patrimônio indispensável à manutenção de uma vida digna. Para em seguida, à luz de outros dispositivos legais, aferir se a referida norma, efetivamente concretiza ou, possivelmente, limita o exercício de direitos fundamentais.

A técnica de pesquisa a ser adotada será a consulta à referência bibliográfica. Serão utilizadas como fontes primárias a legislação pertinente e jurisprudências dos tribunais, e como fontes secundárias, livros doutrinários e outras produções científicas veiculadas em periódicos especializados, além de artigos, e dissertações, disponíveis na internet.

O trabalho contemplará sete capítulos.

O **primeiro capítulo** apresenta uma introdução ao tema. Destaca que a população brasileira tem envelhecido, que os idosos são cada vez mais numerosos e atuantes na sociedade e que determinadas limitações a eles impostas, como a do art. 1.641, II do CC/2002, mostram-se, a princípio, injustas e incompatíveis com o ordenamento jurídico.

O **segundo capítulo** aborda os aspectos contemporâneos do direito de família. Enumera as características das famílias à época do CC/1916 e após a CRFB/88, trata dos novos tipos de arranjos familiares e dos princípios norteadores do direito de família, tanto os constitucionais, quanto os específicos.

O **terceiro capítulo** traz breves noções sobre controle de constitucionalidade e de convencionalidade, a contemplar seu objeto, pressupostos, conceito, paradigmas de constitucionalidade, espécies de inconstitucionalidades e modalidades de controle.

O **quarto capítulo** descreve os regimes de bens, seu conceito, formalidades, natureza jurídica, princípios gerais, modalidades e implicações patrimoniais.

O **quinto capítulo** descreve a imposição do regime da separação legal de bens no casamento de idosos, e para isso, traça inicialmente o perfil da posição atual destes na sociedade, percorre a evolução histórica dessa imposição e apresenta, além de posições doutrinárias e jurisprudenciais, a movimentação de resistência legislativa.

O **sexto capítulo** contempla uma análise da compatibilidade normativa da regra disposta no Art. 1.641, II, do CC/2002, com a CRFB/88 e seus princípios norteadores, com o próprio CC/2002, com o Estatuto do Idoso, com o Pacto de São José da Costa Rica e com o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.

No **sétimo capítulo** são apresentadas as considerações finais do trabalho com recomendações e sugestões do autor.

Por fim, cumpre registrar que a presente pesquisa, reflexo de uma inquietação acadêmica ante a existência de uma norma jurídica polêmica, em desalinho com a realidade social contemporânea, e provavelmente em descompasso com o ordenamento jurídico, de forma alguma tem o objetivo de esgotar o tema, mas refletir sobre o mesmo, e nesse sentido contribuir para a busca de uma melhor coerência normativa.

2 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Conceito e Características das Famílias

Não é tarefa fácil, conceituar de forma única e absoluta a entidade Família, em razão da grande diversidade e complexidade, de relações existentes entre seus membros. Ciente dessa dificuldade posicionam-se Gagliano e Filho (2014, p. 51):

No entanto, por conta do desafio que assumimos ao iniciar esta obra, e registrando a pluralidade de matizes que envolvem este conceito, arriscamo-nos a afirmar que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Na atualidade, pode-se entendê-la de forma ampla, como um grupo social básico, onde o indivíduo nasce ou é inserido, capaz de possibilitar a ambiência necessária ao desenvolvimento da sua personalidade.

Essa visão reflete a ideia contemporânea de a mesma ser vista como um fenômeno cultural, e não mais como um fenômeno meramente biológico, construído a partir de laços de sangue.

Bem mais do que isso, a família contemporânea é vista como um grupo de seres humanos, possuidores de dignidade e de individualidades, que se unem por laços de afeto, de modo a potencializarem o seu desenvolvimento enquanto pessoas. Nesse sentir, as lições de Farias e Rosenvald (2015, p. 6-7):

[...] A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como *núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana*.

Ou seja, afirma-se um caráter instrumental, sendo a família o meio de promoção da pessoa humana e não a finalidade almejada.

A partir da comparação entre as visões retratadas, no CC/1916, e no CC/2002, entremeadas pelo surgimento da CRFB/88, pode-se perceber claramente essa nova concepção.

No CC/1916, a organização familiar era **Matrimonializada**, ou seja, só constituída a partir do casamento, que inclusive era indissolúvel enquanto vivos fossem os cônjuges. **Patriarcal**, pois prevalecia a figura do homem como o chefe da família e provedor. **Hierarquizada**, em razão de existir uma estrutura hierárquica de poder, materializada no pátrio poder, segundo o qual, os filhos deviam inequívoca obediência aos pais. Necessariamente **Heteroparental**, em virtude de só existir a partir do casamento e deste só concretizar união entre homem e mulher, devidamente habilitados para tal. Além de indiscutivelmente **Biológica**, constituída pelos pais e sua prole advinda do casamento. Como demonstra o fato, do filho adotivo não ter qualquer direito à herança do adotante, no caso de existir algum outro, legítimo ou legitimado, anterior à adoção.

Essas características permitem concluir, que à luz do CC/1916, a família era uma instituição fundamental para a sociedade e, portanto, merecedora de ampla proteção no sentido da sua continuidade. Prova disso, era o caráter indissolúvel do casamento, sua única forma de constituição. Em verdade, buscava-se proteger não as pessoas, mas sim a organização familiar, ainda que para isso, eventuais individualidades fossem sacrificadas.

Com a Constituição Cidadã de 1988, inspirada e concebida sob a égide do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alguns paradigmas atinentes à instituição família dispostos no CC/1916, foram sobremaneira superados, instaurando-se um cenário tormentoso, em razão do descompasso legislativo criado, entre o disposto na lei maior e os regramentos então previstos na Lei Civil ainda em vigor, a reclamar um processo de ressignificação da norma, quando da aplicação.

Na CRFB/88, ao contrário de unicamente matrimonializada, surge a concepção de uma **família múltipla**, plural, admitindo-se outras formas de constituição, além do tradicional casamento, tais como: a União Estável e a família Monoparental. Consoante a cristalina locução do seu art. 226, §3º e §4º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

[...] (MARTINS, 2015, p. 101).

Ela também deixa de ser patriarcal e passa a **Democrática**, na medida em que homem e mulher se igualam perante a lei. De hierarquizada, torna-se **Igualitária**, no sentido substancial do termo, qual seja, de tratar desigualmente quem se encontra em condição dissonante. A exemplo do especial tratamento dispensado ao idoso segundo o art. 230, *caput*.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

[...]. (MARTINS, 2015, p. 102).

Deixa de ser constituída, unicamente, a partir do casamento, pois nos termos do art. 226, §4º, acima citado, também se reconhece como tal, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Conhecida na Doutrina como Família Monoparental.

Com o princípio da Igualdade de Todos os Filhos, previsto no art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (MARTINS, 2015, p. 102). Além de biológica, pode ser socioafetiva, pois não se admite mais qualquer possível tipo de discriminação que possa implicar tratamento diferenciado entre filhos biológicos e adotados, havidos ou não do casamento.

Por fim, passa a ser vista na sua dimensão instrumental, ou seja, como o meio adequado ao desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos membros, e da busca por sua realização enquanto ser humano. E não apenas, como uma instituição a ser protegida a qualquer custo. A prioridade, nesse contexto, é o ser humano, e não mais a organização familiar enquanto instituição. Nesse sentido, o preciso entendimento de Dias (2015, p. 130):

As mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziram reflexos nas relações jurídico-familiares. **Ainda que continue a família a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito.** Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo **se**

voltaram à proteção da pessoa humana. A família **adquiriu função instrumental** para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. (Grifo nosso).

E da mesma forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescindível da pessoa humana!

Não se olvide, demais de tudo isso, que a *Lex Legum* (no art. 3º, IV) é de clareza solar ao disparar que é objetivo fundamental da República “*promover o bem de todos*”, deixando antever a nítida preocupação com a dignidade da pessoa humana.

É simples, assim, afirmar a evolução de uma família-instituição, com proteção justificada por si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, **para o conceito de uma família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana**, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF/88). (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p.11). (Grifo nosso).

Sobre os elementos que servem de base para a constituição dessa família contemporânea, opinam estes mesmos autores:

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no **afeto**, na **ética**, na **solidariedade** recíproca entre os seus membros e na preservação da **dignidade** deles. Estes são os referenciais da família contemporânea. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 6) (Grifo nosso).

O desalinhamento legislativo entre a CRFB/88 e o CC/1916 foi de certa forma atenuado com a edição do CC/2002, mas não superado de forma satisfatória, uma vez que em essência, o novo código continuou a reproduzir incongruências, como a existente em seu art. 1.641, II, objeto desse estudo.

2.2 Princípios do Direito de Família

2.2.1 Considerações iniciais

Antes de abordar os Princípios de per se, necessário se faz refletir a respeito da importância dos mesmos no mundo jurídico atual, pós-positivismo. Durante algum tempo eles foram considerados meras recomendações, meros conselhos desprovidos de vinculatividade, porém, com o desenvolvimento do constitucionalismo e das reflexões a ele inerentes, estabeleceu-se o entendimento,

de ser a Norma Jurídica revelada sob a forma de Norma Princípio e Norma Regra, ambas dotadas de força normativa, conforme cita Lenza (2014, p. 161).

Dessa forma, a exemplo das regras, os princípios vinculam, obrigam, podem e devem ser utilizados pelos operadores do direito, para fundamentar suas opiniões.

A diferença entre as normas regras e as normas princípios, reside basicamente no seu conteúdo e amplitude. Enquanto a regra tem conteúdo fechado, em que já se conhece a priori, o seu mandamento e os seus efeitos, cabendo-se unicamente decidir, sobre a sua aplicação ou não. O princípio tem conteúdo aberto, a ser calibrado de acordo com as especificidades do caso concreto. Isso significa que, na aplicação da regra já se conhece o resultado de antemão, enquanto na aplicação do princípio não há resultado conhecido a priori, pois a solução será construída casuisticamente, caso a caso, a depender de suas especificidades jurídicas e fáticas. Nesse sentido, a partir das lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, leciona Lenza (2014, p. 163):

Nessa linha, partindo da proposta de diferenciação formulada por Dworkin, *Robert Alexy* dela se afasta e **avança** ao caracterizar os **princípios** como **mandamentos** ou **mandados de otimização** (sendo esta a sua principal contribuição à ideia inicial). Em suas palavras:

Regras: “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, **determinações** no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma **distinção qualitativa**, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”;

Princípios: “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização**, que são caracterizados por poderem ser **satisfeitos em graus variados** e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das **possibilidades jurídicas**. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

Cumprido registrar que as regras são elaboradas a partir dos princípios e devem com estes guardar uma relação de harmonia. Não se pode admitir que determinada regra, elaborada a partir de um princípio, possa vir a conflitar com algum outro. Dada essa maior amplitude dos princípios, reveste-se de maior gravidade a violação destes, se comparada à transgressão de uma regra. Nesse sentido, preleciona Mello (2013, p. 54):

Cumpra, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciámos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmónico”. **Eis porque: “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma.** A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. **É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade,** conforme o escalão do princípio violado, **porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais,** contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (Grifo nosso).

A partir dessa lição, pode-se concluir que eventual conflito existente entre a norma regra prevista no art. 1.641, II, do CC/2002 e princípios constitucionais, deve ser resolvido mantendo-se a supremacia destes, em detrimento da aplicação da regra.

Por serem os princípios normas abertas, poderá existir, eventualmente, colisão entre eles, nas circunstâncias de um caso concreto. Quando isso ocorrer, deverá ser utilizada a técnica da ponderação dos interesses envolvidos, segundo a qual, escolhe-se quem deve e o quanto deve preponderar, considerados os aspectos jurídicos e fáticos que compõem o contexto. Há que se ter o devido cuidado de preservar, na máxima medida e quando for possível, a aplicabilidade daqueles que foram preteridos. Como visto, não há certeza prévia a respeito de quem deva prevalecer. A depender do caso e das circunstâncias, os resultados podem ser os mais diversos, ainda que em disputa estejam os mesmos princípios. Esse entendimento pode ser também encontrado nas precisas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, ao referir doutrina de Robert Alexy:

Em palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.

[...]

Considerando, como já acentuado, que em face do contexto a avaliação dos princípios pode mudar de sinal - não nos esqueçamos que a precedência

entre eles é sempre condicionada -, o fato de se dar menor importância a qualquer deles, em determinada situação, não o invalida ou desqualifica para futuras aplicações, porque sua preterição terá decorrido exclusivamente das circunstâncias do caso, que não se prestam a fomentar precedentes. É que, ao contrário das regras de direito - claras ordenações de vigência ou mandatos de realização -, os princípios jurídicos são mandatos de otimização ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação. (ALEXY, 1993 apud MENDES, 2009, p. 58).

Vistas essas considerações iniciais a respeito de regras e princípios, duas questões precisam ser enfrentadas: Uma primeira, que diz respeito à real dimensão do afeto no direito de família contemporâneo, se seria um princípio, ou apenas um elemento constitutivo; e uma segunda, que remete a quais princípios do direito de família abordar nesse trabalho, considerados o tema da pesquisa e a amplitude desse assunto na doutrina.

Seria o afeto obrigatório nas relações de família? Pode-se exigir, ou obrigar alguém, a gostar de determinada pessoa? Será a afetividade um princípio?

O deslinde quanto à dimensão do afeto é relevante, pois como visto anteriormente, os princípios possuem carga normativa vinculante e devem ser efetivamente cumpridos. Lôbo (2015, p. 65-66) posiciona-se a favor da Afetividade como Princípio:

[...] é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. [...] O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III) e da **solidariedade** (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.[...]

[...] O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre os irmãos biológicos e não biológicos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais. **É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.**

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) **todos os filhos são iguais**, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) **a adoção, como escolha afetiva**, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) **a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes**, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) **a convivência familiar** (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (Grifo nosso).

De igual modo Madaleno (2013, p. 98-99):

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. [...].

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), **na maternidade e paternidade socioafetivas** e **nos vínculos de adoção**, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); **na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto**, ao lado da **solidariedade, valores fundantes** cuja soma consolida a **unidade familiar**, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional. (Grifo nosso).

Em sentido contrário, por considerarem afeto e afetividade elementos intrínsecos às relações de família, porém desprovidos de força vinculante (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 33-34):

[...] Não se imagine, entretantes, que o afeto ganharia, no campo do Direito das Famílias, o *status* de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de *espontaneidade*: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem. [...].

O afeto, destarte, é situação relevante para o Direito das Famílias, mas desprovido de exigibilidade jurídica nas relações em que se apresenta voluntariamente. [...].

Dessa maneira, infere-se, com tranqüilidade, que **o afeto é elemento intrínseco às relações familiares**, de grande relevo para as decisões judiciais nesse campo, **porém insuscetível de ser entendido como um valor jurídico exigível através do Poder Judiciário**, sob pena de martirizar a sua própria essência espontânea.

[...] **Ora, se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos.** Assim sendo, a afetividade permeia as relações jurídicas familiares, permite decisões e providências nela baseadas (como a concessão de guarda para quem demonstra maior afetividade ou mesmo o reconhecimento de uma filiação em decorrência de sua presença). **Contudo, não se pode, na esfera técnica do Direito, impor a uma pessoa dedicar afeto (amor, em última análise) a outra.**

[...] Trazendo a lição dos constitucionalistas para o campo das famílias, **infere-se que o afeto não é princípio jurídico por não ter obrigatoriedade, vinculatividade.** Ninguém é obrigado a gostar, a nutrir afeto por outra pessoa, mesmo que seja de sua própria família. **Daí a fácil e serena conclusão de que o afeto não tem força vinculante, normativa.**

O afeto é relevante para as relações de família, mas não é vinculante e obrigatório. **Cuida-se, portanto, de um postulado – e não de um princípio fundamental (o que lhe daria força normativa).** (Grifo nosso).

De certa forma, considerar a afetividade como princípio seria consagrar a tese do Dano Moral Afetivo, segundo a qual os filhos de pais ausentes de carinho, amor e atenção, fariam jus à indenização em razão desse abandono. De modo diverso, considerá-la mera recomendação, sem qualquer força normativa, afasta o cabimento de qualquer possibilidade de indenização. Sobre essa divergência, com reflexo na questão do dano moral afetivo, decidiu o STJ, no RESP 514.350/SP:

[...] Desta feita, como **escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo**, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, **não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização**.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral." (BRASIL, 2009, p. 9). (Grifo nosso).

E também o STF, no RE 567.164/MG:

[...] 4. Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de suas atribuições constitucionais, enfrentou a matéria a fim de distinguir quais, entre os danos extrapatrimoniais, são passíveis de reparação pecuniária e não admitiu a possibilidade de o dano afetivo, nos termos do art. 159 do Código Civil de 1916, ser indenizável, como se colhe do trecho do voto condutor do acórdão: **"escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo**, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada" (fls. 189-204). (BRASIL, 2009, p. 5). (Grifo nosso).

Ao se manifestarem pela impossibilidade do Dano Moral Afetivo, pelo fato de uma pessoa não está obrigada a dar afeto à outra, nem mesmo sendo pai e filho, STJ e STF parecem sustentar a tese, de não ser a afetividade um princípio.

Registre-se que não considerar a Afetividade como Princípio não significa dizer que os pais que abandonam afetivamente os seus filhos ficarão impune. O abandono configura ato ilícito de não dispensar aos filhos a necessária e devida assistência moral, capaz de implicar suspensão ou destituição do Poder Familiar, conforme previsão dos artigos 1.635 a 1.638 do CC/2002.

A doutrina traz uma variedade razoável de princípios do direito de família, inclusive alguns em nível constitucional, e é inegável existirem abordagens diferenciadas sobre a relevância dos mesmos. Dado ao escopo desse trabalho optou-se por evitar polêmicas, e abordar aqueles consensuais mais relacionados ao

tema, quais sejam: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Liberdade, Princípio da Autonomia Privada, Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família, Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares, Princípio da Igualdade e Princípio da Proteção ao Idoso, a seguir detalhados.

2.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conceituar em termos jurídicos a expressão Dignidade da Pessoa Humana é um grande desafio, em razão da amplitude e multidimensionalidade que a mesma comporta. Essa dificuldade pode ser ilustrada de forma elementar, se observadas e de modo breve, as dimensões individual e social do tema.

A dimensão individual ou defensiva é aquela associada à ideia liberal de liberdade e autonomia pessoal, que condena toda e qualquer intervenção do Estado, ou de quem quer que seja, limitadora ao exercício da dignidade humana.

Já a dimensão social ou prestacional é aquela a contemplar um modelo de Estado, capaz de criar efetivamente as condições que possibilitem e promovam o pleno exercício da dignidade das pessoas, e também, a necessária harmonização de seus interesses. De modo que, o exercício da dignidade de um não comprometa indevidamente, a efetividade da dignidade de outro, visto serem todos iguais perante a lei, em dignidade e direitos. Diante dessa dificuldade, louvável o esforço de Ingo Wolfgang Sarlet em compartilhar esse seu conceito:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73).

Gagliano e Filho (2014, p. 88), também entendem não ser tarefa fácil definir a dignidade humana, dada a amplitude da mesma no ordenamento, mas ressaltam ser um valor fundamental, capaz de proporcionar ao ser humano, não apenas a sobrevivência, mas uma sobrevivência digna e livre de intervenções espúrias:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de *dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.*

Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, esse princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares – na realização dessa finalidade.

É bastante clara a posição do legislador constituinte originário, quanto à relevância conferida à Dignidade da Pessoa Humana, ao dispor no Título I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, da CRFB/88, mais precisamente no art. 1º, III, ser a mesma um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil. Revela, sem sombra de dúvida, a sua opção expressa pela pessoa, ao consagrar a Dignidade Humana como Princípio Constitucional Guia de todo o ordenamento jurídico, a ser observado, preservado e ampliado pelo Estado brasileiro, em toda e qualquer circunstância.

Rodrigo da Cunha Pereira o eleva à estatura de macroprincípio, e complementa ao dizer ser contrário ao Direito Pátrio, qualquer ato que não o tenha, também, como fundamento:

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto uma coleção de princípios éticos. Isto significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. [...] É a noção de dignidade e indignidade que possibilitou pensar, organizar e desenvolver os direitos humanos. (PEREIRA, 2004, p. 68). (Grifo nosso).

É importante ressaltar que a Dignidade Humana deve ser observada não só na esfera pessoal do indivíduo, como também e principalmente, no âmbito das suas relações sociais, dentre estas as inerentes à família. Nesse sentir, Gagliano e Filho (2014, p. 90-91):

[...] a **dignidade humana** somente é preservada na medida em que se garante o **respeito** à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua **esfera pessoal**, mas, principalmente, no âmbito das suas **relações sociais**.

E, nessa última, *avulta a perspectiva familiar em que cada pessoa se projeta ou está inserida.*

Assim, é forçoso concluir que o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado **também no seio das relações de família**. (Grifo nosso).

Esse entendimento permite considerar, que a imposição prevista no art. 1.641, II, do CC/2002, ao tolher a possibilidade de uma pessoa capaz poder escolher livremente o regime de bens do seu casamento, faculdade em regra a todos conferida, configura nítida violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Idosa, que se algum tratamento diferenciado merece ter, que o seja no sentido de ampliar os seus Direitos, jamais de reduzi-los. Ao elevar a Dignidade da Pessoa Humana à estatura de Princípio Constitucional Maior, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, deixou claro o legislador constituinte originário a primazia da pessoa humana se comparada a questões de ordem patrimonial.

A afirmar o primado da Dignidade da Pessoa Humana ante questões de ordem patrimonial, e a referir sua dupla função, de limite à atuação estatal e ao mesmo tempo de norte para suas prestações positivas, a precisa lição de Maria Berenice Dias, alinhada a posições de Ana Carolina B. Teixeira e Daniel Sarmento:

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. O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (DIAS, 2015, p. 45).

Nessa mesma linha, a acentuar a reviravolta surgida no Direito de Família e no próprio Direito Civil, por ocasião da entrada em vigor da CRFB/88, que impôs a obrigatoriedade de todos os diplomas legais estarem sintonizados e focados sob a luz do Direito Constitucional. A oportuna manifestação de Madaleno (2013, p. 46) ao também citar Beatriz Helena Braganholo:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional, como concluiu Beatriz Helena Braganholo ao refletir sobre o impacto da Constituição sobre o Direito de Família brasileiro e sentenciar que: "O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente

privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Seus interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de propiciar meios que levem a viver e relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro." (BRAGANHOLLO, 2005, p. 71).

Dessa forma, qualquer possível regra ou ato, que com a intenção de proteger ou privilegiar aspectos patrimoniais, a exemplo do art. 1.641, II, do CC/2002, venham a colidir ou embaçar a dignidade humana, deverão ser tempestivamente combatidos.

2.2.3 Princípio da Liberdade

A Liberdade é um Direito Fundamental consagrado no art. 5º, *caput*, da CRFB/88: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]" (MARTINS, 2015, p. 15), (grifo nosso), cujo reflexo se faz presente nas transformações experimentadas pelo Direito de Família, ao migrar de um patamar tradicionalmente autoritário para uma perspectiva mais democrática.

O antigo modelo de família, centrado na preponderância do casamento como única forma legítima de sua criação; na preservação do patrimônio, meio indispensável à sua continuidade; e no pátrio poder, a conferir ao homem a primazia no comando e no controle das ações no seu âmbito. Foi substituído por uma concepção mais livre, no sentido de reconhecer variadas formas de constituição e tipos de entidades familiares, além da decorrente do casamento; de poder dissolvê-las de acordo com a conveniência dos seus titulares; de não ser mais a mulher casada, juridicamente dependente do marido, mas igual a ele em direitos e obrigações familiares; e também em relação ao planejamento familiar, ao reconhecimento igualitário de todos os filhos, e à formação dos mesmos dentro dos limites éticos, morais e de dignidade humana. Nesse sentir, ensina Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2015, p. 64).

Dias (2015, p. 46), a seu turno, entende como manifestações do princípio da liberdade: a flexibilidade de poder constituir, dissolver ou recompor estruturas de convívio familiar, e a possibilidade de alteração do regime de bens do casamento. Apesar de referir não ser esse princípio aplicado de forma absoluta, quando afirma a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002, por violá-lo:

A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar [...] Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 §2.º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. [...] 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). (Grifo nosso).

Também nessa mesma direção, alinha-se Madaleno (2013, p. 93):

O princípio do livre-arbítrio se faz muito presente no âmbito familiar, pela liberdade de escolha na constituição de uma unidade familiar, entre o casamento e a união estável, vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); na livre-decisão acerca do planejamento familiar (CC, art. 1.565, §2º), [...] na opção pelo regime matrimonial (CC, art. 1.639), e sua alteração no curso do casamento (CC, art. 1.639, § 2º), **sendo um descabro cercear essa mesma escolha do regime de bens aos que completam 70 anos de idade (CC, art. 1.641, inc. II)**; [...] (Grifo nosso).

2.2.4 Princípio da Autonomia Privada

Luis Roberto Barroso afirma, em breve síntese, que “a autonomia é o elemento ético da dignidade”, e assim esclarece:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar sua dignidade. [...]. (BARROSO, 2010, p. 24).

E continua, ao dizer que ela contempla tanto uma dimensão pública (autonomia pública), no plano dos direitos políticos, quanto uma dimensão privada (autonomia privada), no plano dos direitos individuais:

[...] A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública. No plano dos direitos individuais, a dignidade se manifesta, sobretudo, como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas. [...] No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático. [...]. (BARROSO, 2010, p. 25).

Já Flávio Tartuce, em sintonia com Daniel Sarmiento, também entende a autonomia privada, fundamentada no princípio da liberdade, como o poder pessoal de regulamentar os próprios interesses, de conduzir as próprias escolhas, sem que isso possa vir a perturbar direitos de terceiros:

[...] A autonomia privada é muito bem conceituada por Daniel Sarmiento como sendo o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses. Ensina o autor fluminense que “esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade”. (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais..., 2005, p. 188). Como se pode perceber, o fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano. (SARMENTO, 2005 apud TARTUCE, 2015, p. 20).

Rolf Madaleno, por sua vez, alerta para a distinção que se deve observar entre a autonomia da vontade, associada ao princípio da autonomia privada, e a mera capacidade dos entes privados poderem firmar acordos bilaterais, ou expressar manifestações unilaterais de vontade. E esclarece que a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, decorrência natural de sua dignidade humana, e tem caráter amplo, de modo a não ficar apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais. (MADALENO, 2013, p. 91).

Nítido reflexo desse princípio da autonomia privada no Direito de Família é a possibilidade, em regra, dos nubentes poderem pactuar sobre o regime de bens do casamento, antes da sua realização, e de poder alterá-lo, inclusive no decorrer da vigência da união conjugal, observadas as formalidades previstas no art. 1.639, do CC/2002, a ser posteriormente detalhado. Principalmente se considerado, que no diploma civil anterior, mais precisamente no seu art. 230: “*O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.*” (BRASIL, 1916), (grifo nosso), essa possibilidade era expressamente proibida, reflexo de uma época em que as questões patrimoniais, por serem relevantes para a

manutenção e preservação da família, importavam mais, do que qualquer possível manifestação da vontade das pessoas. Ainda nessa linha consagrada da autonomia privada, a flexibilização prevista no art. 733 do CPC/2015, de permitir o divórcio consensual por escritura pública na via administrativa, observados as formalidades e requisitos legais, e desde que não haja filhos menores ou incapazes. E sem depender da necessidade de homologação judicial:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

[...] (BRASIL, 2015).

2.2.5 Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família

Antes da CRFB/88, a família era encarada como uma Instituição extremamente relevante do ponto de vista social, como um fim em si mesma, merecedora de toda a proteção estatal. Vivia-se uma época em que imperava um modelo de Estado totalitário e centralizador, que muito pouco espaço admitia para o exercício da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. A vontade das partes, na maioria das vezes, era irrelevante. Essa ausência de autonomia pode ser constatada com o disposto no art. 34, §2º, da Lei n. 6.515/1977 - Lei do Divórcio, que conferia ao Juiz, enquanto Poder Estatal, a possibilidade de indeferir um acordo de separação, mesmo que consensual, e dessa forma, desconsiderar qualquer possível vontade dos cônjuges. Essa norma vigorou até 2010, e veio a decair com a edição da Emenda Constitucional n. 66, portanto, já na vigência da CRFB/88:

Art. 34. A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário.

§1.º A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo.

§2.º O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

[...] (BRASIL, 1977). (Grifo nosso).

Sem sombra de dúvida, um claro exemplo de intervenção do Estado na família. Como pode parecer razoável que um casal conclua em consenso pela inviabilidade de uma convivência em comum, e possa correr o risco de vir a ser compelido a permanecer junto em uma relação não mais desejável?

Com a chegada da CRFB/88, a Doutrina passou a questionar a aplicabilidade do princípio da Liberdade, nela previsto, no âmbito do Direito de Família, e a defender a tese de um Direito de Família Mínimo, ou da Intervenção Mínima do Estado na Família, que implica, necessariamente, ampliação da autonomia privada, e maximização da vontade das partes. Nesse cenário de uma Constituição Cidadã, em que prepondera a pessoa e não a família, a Intervenção do Estado deve ser a mínima possível.

O novo modelo de Estado instaurado, focado, sobretudo, na dignidade da pessoa humana, reconhece a variedade e a relevância social das entidades familiares, todas elas merecedoras da sua proteção, bem como, a sua autonomia enquanto instituição indutora do desenvolvimento das pessoas. Esse protagonismo implica, necessariamente, ampliação da autonomia privada e redução da capacidade interventiva do Estado no plano familiar, limitando-a a apenas, e quando indispensável, à concretização de direitos e garantias fundamentais de seus membros, eventualmente ameaçados. Em qualquer outra situação, intervir importará violar interesses pessoais, tutelados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentir, as precisas palavras de (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 123-125):

[...] o Direito das Famílias contemporâneo se apresenta como a expressão mais pura de uma relação jurídica privada, submetida, por conseguinte, ao exercício da autonomia privada dos indivíduos.

[...] Em sendo assim, o Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular.

[...] essa atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana. [...].

[...]

Nas relações de família, a regra geral é a autonomia privada, com a liberdade de atuação do titular. A intervenção estatal somente será justificável quando for necessário para garantir os direitos (em especial, os direitos fundamentais reconhecidos em sede constitucional) de cada titular, que estejam periclitando. É o exemplo da atuação do Estado para impor a um relutante genitor o reconhecimento da paternidade de seu rebento, através de uma decisão judicial em ação de reconhecimento de filho (investigação de paternidade). Também é o exemplo da imposição de obrigação alimentícia a um pai que abandona materialmente o seu filho. Em

tais hipóteses, impõe-se a atuação estatal para evitar a violação frontal a direitos e garantias reconhecidas aos titulares.

A respeito dessa necessária contenção da capacidade do Estado intervir nos regramentos atinentes à família, também manifesta-se Lôbo (2015, p. 30): “A Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado.”.

Igualmente alinhados a esse pensamento limitador da intervenção estatal no seio familiar; polêmicas à parte, por referirem como fundamento da contenção, o princípio da afetividade, por alguns não considerado como princípio do direito de família; Gagliano e Filho (2014, p. 118):

Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal.

Como manifestações alinhadas a um Direito de Família Mínimo, pode-se enumerar:

A possibilidade de alteração do regime de bens pela vontade inequívoca dos cônjuges, consoante o art. 1.639, §2º: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (MARTINS, 2015, p. 341);

A previsão do que a Doutrina chama de “Função Social da Família”, verdadeira cláusula geral de intervenção mínima do Estado, que determina vedação a qualquer pessoa de direito público, ou privado, poder interferir na comunhão de vida formada pela entidade familiar, conforme dispõe o art. 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (MARTINS, 2015, p. 331);

E também, com o mesmo sentido e inequívoca propriedade, o art. 1.565, §2º: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, **vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.**” (MARTINS, 2015, p. 335), (Grifo nosso); todos esses, artigos do CC/2002.

Apesar da intervenção mínima do Estado no Direito de Família ser a postura mais coerentemente alinhada aos ditames da CRFB/88, vez por outra surgem, no ordenamento jurídico, manifestações em sentido contrário, a exemplo da Lei n. 13.010/2014, que ficou conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo (BRASIL, 2014). E ainda, e de forma lamentável, o art. 1641, II, do CC/2002, que ao impor o regime da separação absoluta de bens no casamento dos maiores de 70 anos, restringe de forma imprópria a autonomia privada do nubente idoso, atinge a sua dignidade enquanto pessoa, além de violar o princípio da intervenção mínima, a partir de uma utilização indevida da capacidade estatal de legislar sobre matéria civil. Registre-se que essa utilização indevida foi repetida com a Lei n. 12.344/2010, que manteve a mesma violação aos princípios referidos, conforme demonstram Farias e Rosenvald (2015, p.127):

Por derradeiro, registre-se contundente crítica à Lei nº 12.344/10, que alterou a redação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, modificando a idade de imposição do regime de separação obrigatória de bens. De acordo com o texto legal, a pessoa humana maior de setenta anos de idade casará sob o regime de separação obrigatória de bens, mesmo contra a sua própria vontade. **Trata-se, visivelmente, de uma interdição parcial de direitos em decorrência da idade**, confundindo o legislador, lamentavelmente, senilidade com incapacidade. **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 do Estado, em detrimento da liberdade de autodeterminação das pessoas**, afrontando a sua (intangível) dignidade. Por tudo isso, a norma legal é de duvidosa constitucionalidade, **merecendo ser repugnada, inclusive por estar na contramão do movimento de intervenção mínima na família.** (Grifo nosso).

2.2.6 Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares

O art. 226 da CRFB/88, já citado, modificou o sistema do CC/1916, segundo o qual, a família reconhecida era aquela constituída a partir do casamento, e passou a consagrar uma pluralidade de entidades familiares, todas merecedoras de proteção do Estado, a exemplo das constituídas a partir da união estável e da família monoparental. Questão relevante sobre esse artigo diz respeito à natureza do rol (taxativo ou exemplificativo?) de entidades familiares nele disposto.

A esse respeito doutrina e jurisprudência alinham-se em considerar o rol exemplificativo, e o dispositivo, norma jurídica de inclusão. De modo a reconhecer, que toda e qualquer comunidade de pessoas, construída com base em afeto, ética, dignidade e solidariedade, com o propósito de vida em comum, continuidade e

proteção mútua, seja considerada família, e, portanto, merecedora da proteção estatal. Nesse pensar, e a referir luminar julgado do STF, Farias e Rosenvald (2015, p. 59-60):

[...] a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido da **não taxatividade do rol contemplado no art. 226** da Lei das Leis, sob pena de desproteger inúmeros agrupamentos familiares não previstos ali, até mesmo por absoluta impossibilidade.

[...]

Na esteira do que aqui se sustenta, a Corte Suprema, em importante precedente (STF, Ac. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.2011, DJe 14.10.2011), reconheceu que a presença do caráter afetivo como mola propulsora de algumas relações, como aquelas entre pessoas do mesmo sexo, a caracteriza como uma *entidade familiar* (independentemente de expressa previsão constitucional). [...]

Realmente, a não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas [...] como núcleos familiares [...] sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colidiria a mais não poder com os princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *igualdade substancial*, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão.

[...]

Por isso, estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, pelo comando do art. 226 da Carta Maior. (Grifo nosso).

A comprovar o caráter exemplificativo do rol e confirmar a pluralidade de entidades familiares no ordenamento. Os artigos 25 e 28, da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) ao reconhecerem outros arranjos familiares, tais como: a família natural, a família extensa ou ampliada, e a família substituta:

Art. 25. Entende-se por **família natural** a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por **família extensa ou ampliada** aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 1990). (Grifo nosso).

Art. 28. A colocação em **família substituta** far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. [...]. (BRASIL, 1990). (Grifo nosso).

Em complemento ao estudo desse princípio, breves considerações a respeito das famílias homoafetiva e recomposta precisam ser feitas, até mesmo pela atualidade das discussões sobre elas. No entanto, dado ao escopo dessa pesquisa,

não serão abordadas questões atinentes à participação de pessoas maiores de 70 anos na formação dessas entidades familiares e muito menos discutida a incidência do art. 1.641, II do CC/2002 sobre as mesmas.

Nunca houve dúvida quanto à capacidade da união homoafetiva produzir efeitos jurídicos. A questão residia em saber a qual ramo do direito estes estariam adstritos, se ao Direito das Obrigações (de modo a evitar o enriquecimento sem causa), ou ao Direito de Família. Nesse sentido a divergência doutrinária.

Essa divergência foi resolvida pelo STF no curso da ADI 4277 do DF, da relatoria do Ministro Carlos Britto, quando por unanimidade acolheu a tese de ser a união homoafetiva entidade familiar, e determinou, dever a mesma submeter-se aos ditames do Direito de Família. Determinou também, que dado inexistir lei específica a regular esse tipo de união, a ela será aplicada, por analogia, as regras da união estável, a significar, que todos os efeitos jurídicos desta serão aplicáveis àquela, como por exemplo, os inerentes a Alimentos, Herança, Direito de Habitação, Acréscimo de Sobrenome e, até mesmo, a inelegibilidade eleitoral prevista no art. 14, §7º da CRFB/88. Quanto à possibilidade de conversão em casamento, em razão da aplicação analógica referida e do disposto no art. 1.726, do CC/2002, que prevê essa possibilidade para a união estável, O STJ, no RESP 1.138.378 do RS, firmou posição favorável, sob o argumento da mencionada aplicação analógica, e foi além, acompanhado no mesmo sentido pelo CNJ, como ressalta Lôbo (2015, p. 81):

Evocando os mesmos princípios constitucionais utilizados pelo STF na ADI 4.277, o STJ decidiu em 2012 (REsp 1.183.378), igualmente, pela legalidade e constitucionalidade do casamento direto de casais homossexuais e não apenas por conversão da união estável. [...] Nesse mesmo sentido, o CNJ editou a Resolução 175, de 2013, determinando que os oficiais de registro de casamento recebam as habilitações para casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando às autoridades competentes a recusa da habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre essas pessoas.

Já a família Reconstituída, também conhecida como família Ensablada, ou Família Reconstituída, ou Família Mosaico, é aquela em que uma pessoa humana que já tem filho, se une a outra, que tem ou não os seus próprios, e uma vez juntas, possam mesmo vir a ter outros em comum. Para Lôbo (2015, p. 82):

A incidência elevada de separações e divórcios, no Brasil, faz aflorar o problema das relações jurídicas, além das afetivas, das famílias

recompostas (*stepfamily, familles recomposés*) assim entendidas as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior. De um lado há os problemas decorrentes da convivência familiar e de outro a superposição de papéis parentais - o do outro pai ou da outra mãe e o do padrasto ou madrasta sobre a mesma criança ou adolescente.

Essas famílias refletem os avanços emanados da CRFB/88, que conferiu igualdade entre homens e mulheres para constituir, dissolver e recompor entidades familiares, e passou a reconhecer os variados tipos de união de vida, como tal. Apesar do CC/2002 tratar timidamente a questão no parentesco por afinidade, cuja principal consequência é o impedimento material de parentes afins poderem pleitear alimentos e receber herança. Existem alguns efeitos jurídicos aplicáveis à Família Recompоста, previstos fora do Código Civil, a exemplo da vedação ao nepotismo (Súmula Vinculante n. 13 do STF), e da possibilidade de acréscimo de sobrenome de padrasto nos termos da Lei n. 11.924/2009 (Lei Clodovil).

2.2.7 Princípio da Igualdade (Isonomia)

O Princípio da Igualdade tem previsão constitucional no art. 5º, *caput*, da CRFB/88: **“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”** (MARTINS, 2015, p. 15). Com explícita referência à igualdade entre homem e mulher, nos termos do seu inciso I: **“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”** (MARTINS, 2015, p. 15). Essa igualdade também se repete no contexto da sociedade conjugal, conforme dispõe o art. 226, §5º: **“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”** (MARTINS, 2015, p. 101), (grifo nosso).

No entender de Farias e Rosenvald (2015, p. 90), à luz da eloquência de Rui Barbosa, essa ideia de isonomia ressalta uma igualdade substancial:

Singrando esses mares, infere-se, com certeza e convicção, que **o verdadeiro sentido da igualdade substancial é tratar desigualmente quem está em posição desigual e tratar igualmente quem está na mesma posição jurídica**. Ou seja, o princípio da isonomia pode resultar na necessidade de tratamento igual ou desigual, a depender das circunstâncias fáticas das pessoas envolvidas na relação jurídica. Estando na mesma posição, o tratamento tem de ser igual; havendo posição fática subjacente de desigualdade, o tratamento necessariamente será desigual para respeitar a igualdade. (Grifo nosso).

E deve ser observada, por legislador, aplicador do direito ou qualquer outra pessoa, conforme manifesta Dantas (2015, p. 19):

Referido princípio dirige-se, devemos frisar, não só ao legislador, como também ao aplicador do direito, e, ainda, ao particular. Quanto ao legislador, o princípio em análise o compele a editar normas não discriminatórias, que não estabeleçam diferenciações relativas à idade, raça, condição social, sexo, religião e outras do gênero, a não ser que haja previsão constitucional expressa, ou fundamento legítimo para tal diferenciação.

Já em relação ao aplicador do direito, notadamente o Poder Público, o princípio da igualdade o obriga a cumprir sua função sem cometer quaisquer diferenciações ilegítimas, que não estejam amparadas ou no texto constitucional, ou em algum motivo legitimador de tal diferenciação.

Estabelecido nesses termos, uma questão se impõe: como saber se determinada norma segue o princípio da isonomia? Em resposta, o auxílio de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas sob inspiração de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo famoso estudo de Celso Antônio Bandeira de Mello, para se verificar se uma norma infraconstitucional observa o princípio da isonomia, basta examinar se existe um *pressuposto lógico* que autorize aquela diferenciação. Em outras palavras, o tratamento diferenciado será juridicamente legítimo caso exista uma *finalidade razoável* que justifique, racionalmente, a desequiparação operada pela lei ou ato normativo. É o que se pode inferir da própria lição do autor, conforme trecho a seguir transcrito:

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto.

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.”. (MELLO, 2009, p. 38-39 apud DANTAS, 2015, p. 20-21).

Considerações iniciais feitas registre-se que a CRFB/88 gerou reflexos inequívocos desse princípio no Direito de Família, como a igualdade entre homem e mulher, entre todos os filhos independentemente de origem, e entre as variadas formas de entidade familiar. Nesse mesma direção, Lôbo (2015, p. 59-60):

O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do §5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando **o fim definitivo do poder marital**: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O §6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima **igualdade entre os filhos**, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O caput do art. 226 tutela e **protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo**, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento. (Grifo nosso).

Também espriados pelo CC/2002, com reflexos no planejamento familiar (art. 1.565, §2), nos direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, na igualdade de direitos entre os filhos (art. 1.596), na guarda dos filhos, dentre outros. Conforme ilustra Dias (2015, p. 47-48):

Atendendo à ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias, que não deve ser pautada pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros. A organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (CC 1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (CC 1.567). São estabelecidos deveres recíprocos e atribuídos igualmente tanto ao marido quanto à mulher (CC 1.566). Também em nome da igualdade é permitido a qualquer dos nubentes adotar o sobrenome do outro (CC 1.565 §1.º). É acentuada a paridade de direitos e deveres do pai e da mãe no respeitante à pessoa (CC 1.631) e aos bens dos filhos (CC 1.690). Assim, não havendo acordo, não prevalece a vontade de nenhum deles. Devem socorrer-se do juiz em caso de desacordos. Com relação à guarda dos filhos, nenhum dos genitores tem preferência (CC 1.583 e 1.584).

Em que pese a clareza do mandamento constitucional, ainda remanescem na legislação exemplos de afronta à isonomia, como ilustra Farias e Rosenvald (2015, p. 94):

[...] absurdas desigualdades formais remanescem na legislação, inclusive no Código Civil de 2002, desafiando a normatividade constitucional [...] Exigindo um efetivo compromisso de interpretação constitucional. Veja-se ilustrativamente, que o art. 1.600 do *Codex* afirma não ser suficiente “o adultério da *mulher*, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal de paternidade”. Não se tocou no adultério do homem, malgrado seja absolutamente possível aplicar-lhe o dispositivo referido. Com idêntico teor, o art. 1.620 diz: “*não basta a confissão materna para excluir a paternidade*” [...] o art. 1.601 [...] ao informar caber “*ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher*” [...].

Essa máxima de igualdade é flagrantemente violada no art. 1.641, II, do CC/2002, pois inadmissível aceitar como justo, constitucional e isonômico, que uma pessoa com quase 70 anos, possa escolher livremente o regime de bens que lhe aprouver, enquanto outra, com mais de 70 anos, esteja impossibilitada de fazê-lo. Mesmo que ambas estejam em idêntica situação de capacidade civil plena.

A única possibilidade razoável a respaldar essa imposição, seria não estar o idoso no efetivo exercício de sua capacidade civil plena, que precisaria, inclusive, de procedimento judicial próprio de interdição para ser declarada. Estabelecer *a priori* essa espécie de interdição, sem o devido processo legal, implica cercear o Direito Fundamental à Igualdade que tem amparo no Princípio Constitucional da Isonomia.

Essa imposição, à luz dos ensinamentos apresentados (DANTAS, 2015; MELLO, 2009, 2013), não pode prosperar, uma vez que o fator de discriminação idade (maiores de 70 anos) adotado para qualificar os atingidos pela regra, não guarda, por si só, relação de pertinência lógica com a limitação imposta. Ele atinge de modo absoluto pessoas que podem estar em condições as mais variadas, dando-lhes o mesmo tratamento. Sejam aquelas em efetivo exercício de sua capacidade civil plena, com atividade profissional ativa e destacada, e notória experiência de vida para decidir os seus destinos. Sejam outras, que por limitações diversas, de saúde ou não, necessitem dessa proteção. Dessa forma, a regra está a violar a máxima da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais no limite da sua desigualdade, e, portanto, precisa ser afastada.

2.2.8 Princípio da Proteção do Idoso

O envelhecimento da população brasileira e as dificuldades que acometem as pessoas idosas são evidências que não poderiam ficar à margem de uma melhor proteção, em uma realidade constitucional fundada, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana. A CRFB/88, alinhada à doutrina de um solidarismo social, consignou expressa proteção às pessoas idosas, nos termos do art. 230, *caput*. “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (MARTINS, 2015, p. 102). De modo que, eventual omissão da família possa ser suprida pelos demais entes.

A proteção se faz notar no Código Penal, com prazo prescricional diferenciado; no CPC/2015, com foro de eleição específico e prioridade processual; no Código Civil, com a concessão de alimentos por familiares; e na Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), com normas que perpassam o Direito de Família, e firmam conexões com outros ramos do Direito Público: Administrativo (arts: 59 a 63), Previdenciário (arts: 29, 31 e 35), Penal (arts: 55, 60, 94 e 95), Civil (arts: 11 a 14) e Processual Civil (arts: 68, 69, 71 e 80), além de prever amplo leque de responsáveis por essa especial proteção; de forma expressa, quando no art. 3º, cita Família, Comunidade, Sociedade e Poder Público (políticas públicas); e de forma implícita, quando refere as empresas, ao tratar de gratuidade, descontos e prioridade em filas, e às demais pessoas, quando impõe obrigação, de denunciar abusos cometidos contra idosos, e de prestar socorro, quando se fizer necessário.

De forma diversa, a lamentável previsão do art. 1.641, II, do CC/2002, que apesar da manifesta intenção protetiva, na verdade compromete o pleno exercício de direitos fundamentais dos idosos. Conforme anota Madaleno (2013, p. 101).

A Constituição Federal (art. 230) também proíbe a discriminação em razão da idade, não obstante o Código Civil ignorar essa vedação no artigo 1.641, inciso II, e de igual assegurar proteção jurídica ao idoso, através do Estatuto do Idoso, sacramentado pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

O Estatuto do Idoso regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo destinatários, com prioridade e imediata aplicação, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º). (Grifo nosso).

3 BREVES NOÇÕES SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

3.1 Controle de Constitucionalidade

3.1.1 Introdução, Objeto, Pressupostos, Conceito e Paradigmas

O presente capítulo de modo algum pretende explorar em detalhe o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, mas unicamente abordar, de modo breve, aspectos relevantes dos mesmos para o desenvolvimento da pesquisa, que busca aferir a compatibilidade normativa do art. 1.641, II, do CC/2002, também, com a Constituição Federal e com Tratados Internacionais.

A CRFB/88 é o centro de todo o ordenamento jurídico pátrio e como tal, fundamento de validade de todas as normas a ela hierarquicamente inferiores. Dessa forma, o objetivo do Controle de Constitucionalidade é assegurar a harmonia desse ordenamento ao garantir que apenas espécies normativas compatíveis com a constituição tenham a sua aplicabilidade permitida. Por prever no seu art. 60, um processo específico e dificultoso para alteração das suas normas a partir das emendas constitucionais, é classificada como uma constituição rígida, e isso também significa, que as suas disposições não podem ser atingidas e muito menos alteradas, por qualquer outra espécie normativa hierarquicamente, a ela inferior. É o que a doutrina refere como Princípio da Supremacia da Constituição.

O objeto do Controle de Constitucionalidade nos termos do art. 102, I, a, da CRFB/88, é a lei ou ato normativo. Ambos possuidores das características de abstração - no sentido de tratar situações hipoteticamente previstas e não casos concretos -, generalidade - por não se destinar a reger casos individuais, mas sim todos aqueles que se enquadrem na sua hipótese de incidência -, e autonomia – em razão de não estar subordinada a nenhuma outra espécie normativa, mas apenas e unicamente à constituição.

Como conceito de Controle de Constitucionalidade pode-se considerar, todo o procedimento de aferição da compatibilidade normativa de determinada emenda constitucional, lei (qualquer que seja o tipo) ou ato normativo, com os princípios (explícitos ou implícitos) e regras, previstos na constituição.

Dessa forma e em breve síntese, pode-se concluir serem Pressupostos do Controle de Constitucionalidade: a existência de uma constituição rígida e a

supremacia desta, enquanto ápice do ordenamento jurídico. E como Objeto do mesmo, as variadas espécies de leis e atos normativos.

Para a realização do Controle de Constitucionalidade faz-se necessário definir qual será o Paradigma (ou bloco de constitucionalidade) considerado, ou seja, que norma ou conjunto de normas constitucionais serão tomadas como base de referência para a verificação da compatibilidade material do dispositivo analisado. Nesse sentido, a presente pesquisa considerará os seguintes artigos (princípios) da CRFB/88: Art. 1º, inciso III (Dignidade da Pessoa Humana); art. 3º, incisos I (Liberdade) e IV (Igualdade - vedação à discriminação); e art. 5º, *caput* (Liberdade, Igualdade e Propriedade) e inciso X (Inviolabilidade da Vida Privada).

3.1.2 Espécies de Inconstitucionalidade

Didaticamente a doutrina constitucionalista divide as espécies de inconstitucionalidade em dois grupos de classificação: Um primeiro, que se desdobra em Material e Formal (Orgânica e Propriamente Dita); e um segundo, que se divide em Por Ação e Por Omissão. Como foge ao escopo da pesquisa maiores aprofundamentos sobre esses conteúdos, buscou-se nas lições de Dantas (2015, p. 181-184), essas qualificadas definições:

A **inconstitucionalidade material ou vício material** é a incompatibilidade do conteúdo (da matéria) de uma lei ou ato normativo editado pelo Poder Público – seja uma norma infraconstitucional, seja uma emenda constitucional – com os preceitos constitucionais. Em outras palavras, trata-se do desrespeito, no tocante ao conteúdo da norma editada pelo poder competente do Estado, aos comandos extraídos dos princípios e regras existentes em uma constituição rígida.

[...]

A **inconstitucionalidade formal ou vício formal** é o desrespeito, na elaboração da lei ou ato normativo, às normas constitucionais relativas ao processo legislativo, ou seja, às regras procedimentais, fixadas pela constituição, para a edição das diversas espécies normativas.

[...] poderá ser de 2 (duas) subespécies: **inconstitucionalidade formal orgânica** e **inconstitucionalidade formal propriamente dita**. A primeira ocorrerá quando o *órgão legislativo* que elaborar a lei ou ato normativo não tiver competência para fazê-lo.

[...] **formal propriamente dita**, por sua vez, refere-se à edição de uma lei ou ato normativo sem observância de normas constitucionais relativas ao processo legislativo, sejam as relativas ao *rito de tramitação* (aspecto objetivo) dos atos normativos.

[...] podemos definir a **inconstitucionalidade por ação**, também conhecida por **inconstitucionalidade positiva**, como aquela decorrente da ação do Estado, que edita uma lei ou ato normativo de alguma maneira (material ou formalmente) incompatível com os preceitos albergados pela constituição.

Já a **inconstitucionalidade por omissão**, o próprio nome já o indica, está se dá quando estivermos diante de uma omissão estatal, quando houver injustificada inércia do Poder Público em editar leis ou atos normativos indispensáveis à aplicabilidade de normas constitucionais que dependam de complementação legislativa. (Grifo nosso).

Vistas as espécies, cumpre balizar, que a pesquisa abordará unicamente a possibilidade de inconstitucionalidade material, em razão da norma enfrentada, ter claramente observado a regularidade formal prevista para o processo legislativo.

3.1.3 Modalidades de Controle

Alinhado ao contexto brasileiro e aos termos de uma abordagem breve, optou-se por detalhar as modalidades mais afeitas ao escopo da pesquisa, limitando-se a apenas enumerar as outras mais referidas na doutrina. Quanto ao momento, o controle poderá ser preventivo (antes da norma ser editada), ou repressivo, para afastar a aplicação de norma editada, eivada de inconstitucionalidade. Registre-se, conforme Dantas (2015, p. 185), que em sede de controle repressivo não há necessidade que a lei ou ato normativo esteja em vigor, mas apenas que tenha havido promulgação, como decidiu o STF, na ADI n. 466.

Quanto à via utilizada, o controle poderá ser concentrado – realizado pelo STF com o objetivo de se obter a declaração de inconstitucionalidade da espécie normativa, em tese, ou seja, independentemente de existir caso concreto, que para ser resolvido precise ter a questão enfrentada -; ou difuso, a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, quando no julgamento de um caso concreto, a inconstitucionalidade de determinada espécie normativa relevante para o deslinde da lide seja enfrentada de ofício pelo julgador, ou a partir da provocação de um incidente por quaisquer das partes, no curso do processo. Interessará à pesquisa apenas o controle repressivo difuso, uma vez que o concentrado pressupõe, nos termos do art. 102, I, a, da CRFB/88, o manejo de ação própria junto ao STF, com um restrito rol de legitimados a sua propositura previsto no seu art. 103, que não contempla como tal, pessoa idosa possivelmente interessada em casar sobre as regras de um regime de bens diverso da separação obrigatória.

Por fim, faz-se necessário colocar que a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle repressivo difuso, por Juiz ou Tribunal, produz eficácia, em regra, apenas para as partes envolvidas no processo. Isso quer dizer, que a norma contestada deixará de ser aplicada, tão somente, naquele caso

específico, e continuará válida e aplicável a toda e qualquer situação em que se evidencie a sua hipótese de incidência. Quanto aos efeitos da declaração, serão em regra, retroativos (*ex tunc*), a implicar nulidade de todos os atos praticados em razão, e desde a aplicação, da norma declarada nula. Muito embora possa o STF, em sede de recurso extraordinário, e por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, conferir eficácia apenas a partir da decisão declaratória (*ex nunc* – não retroativa), ou até mesmo pro futuro (modular efeitos para a decisão valer a partir de data futura), em consonância analógica com a Lei n. 9.868/1999 (DANTAS, 2015, p. 197).

3.2 Controle de Convencionalidade

Como visto anteriormente, os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, são normas materialmente (art. 5º, §2º, da CRFB/88), ou materialmente e formalmente (art. 5º, §3º, da CRFB/88) constitucionais, e, portanto, hierarquicamente superiores a todo o ordenamento infraconstitucional, de modo a sobre este prevalecer, na hipótese de um eventual conflito normativo. Dessa forma, também faz-se necessário avaliar a compatibilidade das normas de direito interno, que limitem o exercício de direitos fundamentais, a exemplo do art. 1.641, II, do CC/2002, com esses diplomas internacionais.

De forma bem simples, pode-se definir Controle de Convencionalidade como o procedimento de verificação da compatibilidade de normas de direito interno, tendo por paradigma os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo país, e em vigor. Sobre esse assunto, o preciso magistério de Valério de Oliveira Mazzuoli:

[...] é lícito entender que, para além do clássico "controle de constitucionalidade", deve ainda existir (doravante) um "controle de convencionalidade" das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2009, p. 334).

Cumprir registrar, ainda segundo Mazzuoli (2009, p. 335), que os Tratados e Convenções Internacionais, que não versam sobre Direitos Humanos (Tratados Comuns), não servem de paradigma do Controle de Convencionalidade (expressão reservada aos tratados em nível constitucional), mas sim, do controle de legalidade das normas infraconstitucionais, que nessa pesquisa não será abordado.

4 REGIMES DE BENS

4.1 Conceito e Generalidades

Inicialmente, cumpre estabelecer que as disposições do CC/2002 atinentes a regime de bens, ainda expressam boa parte da inspiração liberal do CC/1916, que entendia a família como base da sociedade merecedora da proteção estatal, também extensiva ao casamento sua única forma legítima de constituição, e ao patrimônio, instrumento indispensável a sua manutenção e consolidação. Alinhar essas disposições à CRFB/88 implica extendê-las às demais entidades familiares como a união estável e a união homoafetiva, dentre outras.

Dada a amplitude do tema, não se constitui tarefa fácil esboçar um conceito que traduza todos os aspectos envolvidos. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Regime de Bens é uma espécie de estatuto que disciplina: “[...] os interesses econômicos, ativos e passivos, de um casamento, regulamentando as consequências em relação aos próprios nubentes e a terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento, em vida ou por morte.”. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 273).

Nessa mesma linha, Gagliano e Filho (2014, p. 352), visualizam como: “[...] o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento”.

Gonçalves (2015, p. 445), anota a aplicabilidade das regras em relação a terceiros, e a disciplina, quanto aos bens anteriores, e quanto aos bens adquiridos na constância da união:

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

Tartuce (2015, p.124) afirma o caráter matrimonial do regime e em abrangência de entidade familiar acrescenta tratar-se de normas de caráter privado: “O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada.”.

De forma mais completa, ao detalhar a ampla variedade de normas que devem compor o regime, estatuto econômico familiar básico, a contemplar além do casamento outros arranjos familiares. Opina Madaleno (2013, p. 702-703):

O regime de bens deve conter normas sobre a propriedade do acervo trazido para o casamento ou para a união estável, e tratar do destino desses bens depois da sua constituição, identificando os proprietários dos bens adquiridos durante o matrimônio ou na constância da relação estável, sua administração e gozo, a sua disposição, como se finaliza o regime e o destino dos bens, tudo com vistas às relações conjugais ou de convivência fática, passando pelos cuidados e interesses dos filhos, quando existentes, da família e dos terceiros que contratam com o casal, ou individualmente com um dos integrantes da sociedade afetiva.

Para o cumprimento adequado dos fins do casamento e da convivência estável a legislação prevê um estatuto econômico familiar básico, para que os casais saibam como seus patrimônios ingressam ou não na comunidade de bens e como seus recursos devem satisfazer os encargos e as necessidades familiares, e que repercussão o casamento e a união estável terão sobre a propriedade, administração e disposição dos bens. [...].

O CC/2002 contempla quatro tipos de regimes de bens: Comunhão Parcial (art. 1.658 a art. 1.666), Comunhão Universal (art. 1.667 a 1.671), Participação Final nos Aquestos (art. 1.672 a art. 1.686) e Separação de Bens (art. 1.687 a art. 1.688). Além de admitir a criação de outros, ressalvadas as hipóteses do art. 1.641. Tamanha variedade de regimes de bens, segundo Madaleno (2013, p. 699): “são o reflexo dos tempos e das mudanças sociais que oferecem configurações patrimoniais que vão se amoldando no tempo, com maior ou menor liberdade, conforme as necessidades dos cônjuges e conviventes”.

Em razão das múltiplas referências a artigos do CC/2002 neste capítulo, a partir desse ponto, será omitida a expressão “do CC/2002” nas remissões seguintes.

Essa possibilidade de escolher o regime (verdadeira faculdade) está prevista no art. 1.639, *caput*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” (MARTINS, 2015, p. 341). E não é absoluta, pois apesar de poder contemplar uma combinação dos regimes citados, ou até mesmo outras disposições, deve estar adstrita às normas legais.

Esse caráter, em regra facultativo, dos cônjuges poderem pactuar sobre regramentos patrimoniais, a serem aplicados à união de vida, de forma alguma significa liberdade ilimitada e informalidade. As regras pactuadas devem guardar aderência às leis, sob pena de nulidade, conforme previsto no art. 1.655: “É nula a

convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.” (MARTINS, 2015, p. 342). Nesse sentido, leciona Milton Paulo de Carvalho Filho:

A convenção sobre o regime de bens depende da escolha dos cônjuges a ser **feita antes da celebração do casamento** e pode revestir-se de uma das quatro formas legais: a) comunhão parcial (regime legal), b) comunhão universal, c) separação de bens e d) participação final de aquestos. Poderá haver outra criada pelos nubentes, **desde que não seja contrária ao princípio de ordem pública ou em fraude a lei**, especialmente no que se refere aos direitos e deveres do casamento. Assim, a nova legislação concede a **liberdade de criação de um regime de bens produto da fusão de duas ou mais espécies de regime previstas na lei, ou com disposições na forma que melhor convier aos cônjuges**. (PELUSO et al., 2013, p. 1829). (Grifo nosso).

A escolha do regime de bens ocorre na habilitação para o casamento, a partir de esclarecimentos prestados pelo oficial do registro, segundo dispõe o art. 1.528: “É dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.” (MARTINS, 2015, p. 332). E se consolida em um pacto antenupcial que irá reger os aspectos patrimoniais da futura união, a partir da celebração do casamento, conforme dispõe o art. 1.639, §1º: “O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.” (MARTINS, 2015, p. 341).

Em que pese a flexibilidade de poder optar por quaisquer dos regimes, ou até criar algum outro. Formalidades devem ser observadas, como reduzir a termo a opção pelo regime legal (Comunhão Parcial), ou firmar pacto antenupcial por escritura pública, caso opte por um outro, consoante o art. 1.640, parágrafo único:

Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas. (MARTINS, 2015, p. 341).

Esse pacto antenupcial, formal e solene, só existirá se firmado por escritura pública (art. 1.640, parágrafo único), e só terá eficácia caso o casamento se realize (art. 1.639, §1º). A consolidar essas disposições, a previsão do art. 1.653: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.” (MARTINS, 2015, p. 342). Uma vez existente, válido e eficaz, só produzirá efeitos em relação a terceiros, se publicizado via anotação em livro especial, no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes, conforme o previsto no art. 1.657: “As convenções antenupciais não terão efeito perante

terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.” (MARTINS, 2015, p. 342). Caso não tenha sido registrado, restará comprometida, apenas, a sua eficácia para com terceiros, sem qualquer reflexo quanto a efeitos entre cônjuges.

Na hipótese do pacto não vir a ser firmado, ou de ser considerado nulo, vigorará o regime supletivo, da comunhão parcial, nos termos do art. 1.640, *caput*: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (MARTINS, 2015, p. 341), que foi instituído pela Lei n. 6.515 de 26/12/1977 – Lei do Divórcio. Registre-se que até a entrada em vigor desta lei, vigorava como regime padrão, o da comunhão universal nos termos do art. 258, *caput*, do CC/1916, ressalvadas as exceções dispostas em seu parágrafo único, que previa a imposição legal da separação obrigatória de bens, a contemplar entre outras situações, a participação de cônjuges idosos.

4.2 Natureza Jurídica do Pacto Antenupcial

Questão polêmica diz respeito à natureza jurídica do pacto antenupcial enquanto instrumento formalizador do regime de bens a vigorar durante a vigência da entidade familiar. Alguns o consideram como um contrato, outros como um negócio jurídico (DIAS, 2015, p. 312).

Diniz (2015, p. 177), a referir lições de Carbonnier, afirma tratar-se de negócio patrimonial diferente dos contratos do Livro das Obrigações, porque uma vez iniciada a sua eficácia a partir do casamento, não será possível aos nubentes alterá-lo apenas por suas vontades, senão, se houver autorização judicial baseada em pedido motivado formulado por ambos, em procedimento próprio.

Dessa forma, pode ser entendido como uma espécie de contrato cuja eficácia está condicionada à ocorrência de condições suspensivas, dispostas nos artigos 1.639, §1º, e 1.653, anteriormente abordados.

Farias e Rosenvald (2015, p. 313-315), complementam esse entendimento ao registrarem o influxo do princípio da autonomia privada:

É um negócio jurídico de conteúdo patrimonial, através do qual se estipulam, além de acordo de gestão patrimonial, outras cláusulas de cunho econômico, regulamentando a circulação de riquezas entre o casal e deles em face de terceiros.

[...] Partindo de sua visível natureza negocial, há de ser reconhecida a prevalência da *autonomia privada*, característica basilar dos atos negociais. Dessa maneira, cuida-se de um negócio jurídico bilateral, de conteúdo patrimonial (salvo outras declarações nele contidas), acessório e subordinado a uma condição suspensiva (a realização do casamento).

4.3 Princípios Norteadores

4.3.1 Princípio da Liberdade de Escolha

O CC/2002 sob o influxo dos princípios da liberdade, da autonomia privada e demais outros atinentes ao direito de família, estabelece no art. 1.639, *caput*, e no 1.640, parágrafo único, a possibilidade de livre escolha pelos nubentes do regime de bens a reger a entidade familiar, ressalvadas as hipóteses de imposição da separação obrigatória do art. 1.641 e observada a condição disposta no art. 1.655.

Essa liberdade, no entanto, não admite inexistir regime aplicável à entidade familiar. Na hipótese de não haver escolha, ou de mostrar-se a mesma nula ou ineficaz, vigorará a comunhão parcial (art. 1.640, *caput*). A faculdade de poder escolher o regime, por sua vez, está condicionada à aprovação dos nubentes no procedimento de habilitação para o casamento previsto do art. 1.525 ao art. 1.532.

4.3.2 Princípio da Variedade de Regimes

Esse princípio é revelado pelos quatro regimes previstos expressamente do art. 1.658 ao art. 1.688, e pela possibilidade dos cônjuges criarem qualquer outro, nos termos do art. 1.639, *caput*, desde que não alcançados pela norma restritiva do art. 1.641, e que seja observado o supremo mandamento do art. 1.655.

Essa variedade de regimes possíveis tem a ver com o caráter indispensável do mesmo para a entidade familiar. De modo a facilitar o encontro daquele mais conveniente, para cada contexto de união possível, ou de prevalecer o supletório, na ausência de opção, ou de ser a mesma nula ou ineficaz, conforme visto.

4.3.3 Princípio da Mutabilidade Motivada

Sob a égide do CC/1916, valia a máxima de que o regime de bens escolhido (quando possível) a partir da vontade dos cônjuges, uma vez celebrado o casamento, permanecia irrevogável e inalterável (imutabilidade absoluta), em alinhamento com a máxima protetiva de querer-se evitar que a parte considerada mais frágil (a mulher) pudesse vir a sofrer prejuízos em razão da alteração. Com a

chegada da CRFB/88 e do CC/2002, em sintonia com a evolução dos costumes, passou-se a admitir a possibilidade de alteração.

As escolhas quanto ao regime de bens, de forma alguma precisam ser eternas. A dinâmica da vida em comum pode vir a recomendar que ajustes sejam feitos nas regras patrimoniais, com o objetivo de adaptá-las a um padrão que melhor se adeque às necessidades do casal. Isso não quer dizer que essas regras possam ser alteradas de qualquer forma. Nesse sentido, o prudente regramento do art. 1.639, §2º: “É **admissível alteração do regime de bens**, mediante **autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges**, apurada a procedência das razões invocadas e **ressalvados os direitos de terceiros**.” (MARTINS, 2015, p. 341), (grifo nosso). Com a devida ressalva quanto à impossibilidade de alteração, pelo menos em regra, para a hipótese do art. 1.641, II, objeto desse trabalho.

Estabelece-se, portanto, uma mutabilidade motivada ou justificada em procedimento de jurisdição voluntária, obviamente por inexistir lide, pois o pedido devidamente motivado reflete uma única vontade dos cônjuges. Caberá ao juiz analisar a razoabilidade do mesmo, os fundamentos apresentados, aferir à observância da lei e resguardar direitos de terceiros, dando-lhe a devida publicidade, para por fim, e por sentença, determinar a mudança. Nesse sentir, a oportuna colocação de Gonçalves (2015, p. 449):

O legislador não impôs um tempo mínimo de casamento nem especificou as situações fáticas que justificam o pedido. Exigiu apenas que seja este motivado e formulado por ambos os cônjuges cabendo à autoridade judicial deferir-lo por sentença, depois de apurada, segundo o seu *arbitrium boni viri*, a procedência das razões invocadas. A decisão não é simplesmente homologatória, pois a lei exige que seja fundamentada.

Em complemento, importa citar, a possibilidade futura de proceder a alteração na via administrativa, e o interesse do Estado como terceiro interessado, quando a mudança sugerir fraude tributária. Conforme ilustra Flávio Tartuce:

[...] somente será possível a alteração do regime mediante pedido de ambos os cônjuges ao juiz. Surge mais uma demanda com a nova codificação: a ação de alteração do regime de bens, que segue jurisdição voluntária, correndo perante a Vara de Família, desde que a Comarca tenha tal especialização. Não havendo, a ação tramita na Vara Cível. Destaque-se de *lege ferenda*, a tentativa de se criar a possibilidade de alteração administrativa do regime de bens, mediante escrita pública, a ser lavrada perante o Tabelionato de Notas. O Projeto de Lei conhecido como *Estatuto das Famílias* traz tal proposição no seu art. 39, seguindo a tendência de

desjudicialização das contendas, o que vem em boa hora. (TARTUCE, 2015, p. 126-127).

[...] A alteração do regime de bens não poderá prejudicar os direitos de terceiros, pela própria dicção legal, o que representa mais uma clara intenção de proteger a boa fé objetiva e desprestigiar a má fé. De forma alguma essa alteração do regime poderá ser utilizada com intuito de fraude, inclusive tributária. [...]. (TARTUCE, 2015, p. 131).

4.4 Modalidades de Regimes

4.4.1 Comunhão Parcial

É o regime supletório ou legal, previsto na Lei n. 6.515/1977, a ser aplicado quando os titulares da entidade familiar não optarem por nenhum outro, ou no caso da opção escolhida ser nula ou ineficaz, por desconformidade com a lei.

Caracteriza-se, em regra, pelo fato de serem comunicáveis todos os bens, direitos e obrigações, adquiridos e contraídas, de forma onerosa, na constância e em proveito da união de vida estabelecida, ainda que formalizados só em nome de um dos titulares. Presumindo-se adquiridos também na constância, os bens móveis, quando não for possível provar que o foram em data anterior. Também farão parte da comunhão; os bens obtidos por fato eventual (sorteios e loterias, por exemplo); os havidos por doação, herança ou legado em favor de ambos os titulares da entidade familiar; as benfeitorias em bens particulares de cada um destes titulares; assim como os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada um deles, percebidos na constância da união de vida, ou pendentes ao tempo da cessação da mesma, nos termos do art. 1.660 (MARTINS, 2015, p. 342-343).

A regra de integrarem a comunhão todos os bens havidos na constância da entidade familiar comporta exceções, a exemplo daqueles cuja aquisição tiver por título uma causa anterior à entidade familiar, conforme o art. 1.661 (MARTINS, 2015, p. 343), bem como as demais previstas no art. 1.659:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
 - VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
 - VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.
- (MARTINS, 2015, p. 342).

A união de vida criada a partir da instauração da entidade familiar constitui um tipo de sociedade especial, pois desprovida de personalidade jurídica, cujos titulares respondem solidariamente pelos resultados, no limite de suas responsabilidades, de suas posses e vantagens auferidas. Os bens comuns vão responder pelas obrigações contraídas pelos titulares no atendimento aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal, na forma prevista pelo art. 1.664 (MARTINS, 2015, p. 343). Cumpre acrescentar, que eventuais dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns, e particulares do titular que os administra, e os do outro, na razão do proveito que houver auferido, conforme disposição do art. 1.663, §1º, (MARTINS, 2015, p. 343).

Sinteticamente, trata-se de regime no qual os titulares da família, mantêm de forma preservada, a relação com os bens possuídos antes da instauração da união de vida. E passam a ter iguais direitos sobre aqueles adquiridos, por eventualidade ou onerosidade, durante a existência da entidade familiar, presumindo-se, sem exceção, terem sido todos eles adquiridos a partir de um esforço mútuo.

4.4.2 Comunhão Universal

Sua principal característica é o fato de serem comunicáveis, em regra, todos os bens, direitos e obrigações (dívidas), passados, presentes e futuros, de modo a tocar a cada titular da entidade familiar, a metade de tudo. Desse modo, não restará preservada a relação que cada um tinha com o seu acervo patrimonial anterior à união. Comunicam-se também os frutos desses bens, desde que se percebam ou vençam durante a vigência da união (art. 1.669). Quanto à administração, caberá a ambos os titulares sob as mesmas regras aplicáveis ao regime da comunhão parcial.

Essa regra de total comunicabilidade dos bens, direitos e obrigações, não é absoluta, e comporta exceções que estão previstas no art. 1.668:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (MARTINS, 2015, p. 343).

A solidariedade entre os titulares da entidade familiar, perdurará até a sua extinção, situação em que cessará a responsabilidade recíproca de cada um destes para com os credores do outro, nos termos do art. 1.671 (MARTINS, 2015, p. 343). Esse regime vigorou como supletório até a edição da Lei n. 6.515/1977.

4.4.3 Separação de Bens

Contempla duas possibilidades: uma decorrente de imposição legal prevista no art. 1.641 e outra decorrente da manifestação da vontade dos titulares da entidade familiar, firmada mediante a elaboração de um pacto antenupcial prévio, ou de um contrato de convivência, conforme previsão dos artigos 1.687 e 1.688.

Implica divisão patrimonial absoluta, completa independência de bens, direitos e obrigações, de modo a caber a cada um dos titulares, a administração exclusiva do seu acervo patrimonial, e o pleno exercício do direito de usar, fruir e dispor de seus bens, da forma que bem entender, ressalvada a observância da sua função social.

Essa autonomia conjugal de cada um gerir o seu patrimônio, confere-lhes a responsabilidade de contribuírem de acordo com a proporcionalidade das suas posses, para o custeio da entidade familiar, salvo estipulação em contrário disposta no pacto antenupcial, conforme previsão do art. 1.688 (MARTINS, 2015, p. 344).

Esse regramento foi mitigado pelo STF ao editar em 03/04/1964 a Súmula 377: “*No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.*” (MARTINS, 2015, p. 1181), portanto, na vigência do CC/1916, que tinha como regime supletivo a Comunhão Universal, e dispunha no art. 259: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.” (BRASIL, 1916).

Essa disposição do art. 259 trazia um problema, visto que, caso os cônjuges tivessem optado pelo regime da separação convencional de bens, mas não explicitassem em contrato que essa regra fosse aplicável também aos bens adquiridos na constância, seriam eles comunicáveis a ambos os cônjuges, de modo a violar a vontade declarada pela separação de bens. Com a súmula 377, buscou-se resolver essa questão, pois se estabeleceu que isso apenas valeria, para os casos de separação legal ou obrigatória, e não para os casos de separação convencional, em atenção ao princípio da autonomia privada.

Com a CRFB/88 e com o CC/2002, a doutrina passou a divergir quanto à aplicabilidade da súmula, em razão de inexistir no novo código situação semelhante à do art. 259 do CC/1916. Firmou-se majoritariamente o entendimento pela continuidade da mesma, sob o argumento de ser efetivamente útil ao combate do enriquecimento ilícito. Notadamente na hipótese, de dissolução de entidade familiar, cujo regime seja o da separação legal (imposto), em que exista titular cujo nome não conste no registro de determinado bem, mesmo que tenha concorrido para a sua aquisição, pois dessa forma, com a dissolução, nada lhe caberá quanto a esse bem. A implicar irremediável prejuízo. Para combater essa situação, urge aplicar a súmula 377, que expressamente prevê a comunhão dos bens adquiridos na constância de uma união regrada pelo regime da separação legal de bens, que não reflete a vontade das partes, mas sim uma imposição do Estado.

4.4.4 Participação final nos Aquestos

Inicialmente, cumpre estabelecer que aquestos são os bens adquiridos onerosamente na vigência da sociedade conjugal (SANTOS, 2001, p. 36).

Trata-se em verdade de regime misto, surgido a partir do CC/2002, em que durante a vigência da entidade familiar, valem as regras da separação de bens, e quando do fim da mesma, as da comunhão parcial quanto aos aquestos.

Nos termos do art. 1.672 (MARTINS, 2015, p. 343) cada titular da entidade familiar possui patrimônio próprio, e à época da dissolução da mesma terá direito à metade dos bens adquiridos onerosamente pelo casal na sua constância. Esse direito à metade é irrenunciável, impenhorável e não cessível na vigência do regime, de acordo com o art. 1.682 (MARTINS, 2015, p. 344). Também não haverá solidariedade entre os titulares quanto a dívidas de um ou de outro. Eventual dívida

de um, quando superior à sua meação, não atingirá o outro, muito menos a herdeiros deste, conforme o art. 1.686 (MARTINS, 2015, p. 344).

O patrimônio próprio de cada cônjuge contemplará os bens que possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância da união. Cabendo-lhe exclusivamente a administração dos mesmos, e a possibilidade de livremente alienar os móveis, conforme o art. 1.673 (MARTINS, 2015, p. 343).

Vistas essas considerações sobre os regimes de bens, cumpre detalhar a imposição do regime da separação legal para aos idosos maiores de 70 anos.

5 IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NO CASAMENTO DE IDOSOS

5.1 Posição Atual do Idoso na Sociedade

O envelhecimento da população mundial é uma realidade associada ao decréscimo da taxa de fecundidade e do aumento da expectativa de vida. Nesse sentido, Jacinto e Ribeiro (2015, p. 177):

O envelhecimento da população mundial é uma importante característica do século XXI. As taxas de fecundidade estão caindo em quase todas as regiões e a expectativa de vida está crescendo. Essas características, em conjunto, descrevem o atual estágio da transição demográfica no mundo.

Essa realidade mundial também se faz presente no Brasil e para ilustrar o aumento e a perspectiva de crescimento do número de idosos em comparação a outros seguimentos da população, o breve excerto de recente estudo sobre mudança demográfica no país realizado em 2015 sob os auspícios do IBGE:

[...] A proporção de **pessoas com menos de 15 anos de idade**, que situava-se em torno de **30%, em 2000**, chegará a **17,6%, em 2030**. Já se observa no Brasil, inclusive, uma diminuição do número absoluto de crianças, passando de 52,1 milhões, em 2000, para 49,9 milhões, em 2010, podendo alcançar 39,3 milhões, em 2030. Essas **tendências** apontam para uma **queda de cerca de 10,0 milhões de crianças** na população brasileira **nos próximos 20 anos**, o que representa uma **média de 500 mil crianças a menos a cada ano**.

[...] A população **jovem de 15 a 29 anos de idade**, como reflexo da queda da fecundidade no passado, apresenta uma diminuição contínua na sua participação relativa na população brasileira, passando de **28,2%, em 2000**, para **26,7%, em 2010**, devendo alcançar **21,0%, em 2030**. Essa é uma redução importante, porém mais branda que a observada no grupo das crianças.

Apesar da queda na participação desse grupo na população **em termos relativos**, o **número absoluto** de jovens **cresceu** de **48,9 milhões, em 2000**, para **52,3 milhões, em 2009**, passando a ter uma **tendência decrescente a partir daí**, chegando a **46,9 milhões, em 2030**.

[...] A **população brasileira de 30 a 59 anos de idade** apresenta **crescimento**, tanto na **participação relativa** quanto em **valores absolutos**, em todo o período **de 2000 a 2030**.

Esses adultos, que correspondiam a **59,2 milhões** de pessoas **em 2000**, representando **33,6% da população**, devem alcançar **95,4 milhões em 2030**, ou **42,7% da população**

[...] O **segmento populacional que mais aumenta** na população brasileira é o de **idosos**, com taxas de crescimento de **mais de 4% ao ano** no período **de 2012 a 2022**. A população com **60 anos ou mais de idade** passa de **14,2 milhões, em 2000**, para **19,6 milhões, em 2010**, devendo atingir **41,5 milhões, em 2030**, e **73,5 milhões, em 2060**.

Espera-se, para os **próximos 10 anos**, um **incremento médio de mais de 1,0 milhão** de idosos **anualmente**. Essa situação de envelhecimento populacional **é consequência**, primeiramente, da rápida e contínua **queda da fecundidade** no País, além de ser também influenciada pela **queda da mortalidade** em todas as idades. (ERVATTI; BORGES e JARDIM, 2015, p. 143-147).

Os números falam por si. É inegável o envelhecimento da população brasileira e o aumento expressivo do número de idosos que tem ocorrido de forma rápida, a demandar ações da sociedade e políticas públicas por parte do Estado, de modo não só a protegê-los, como também prepará-los para uma melhor integração com as outras gerações, inserindo-os cada vez mais na dinâmica social.

Esse envelhecimento tende a ocorrer no futuro em patamar mais elevado de qualidade, em razão da melhoria nas condições básicas de saneamento, nos avanços na área da medicina preventiva, nos novos medicamentos, nos novos exames e procedimentos médicos, nas novas tecnologias como a internet a democratizar o acesso às informações, e também do fato das pessoas cada vez mais chegarem à velhice com melhores níveis intelectual e de informação. Nos dias de hoje já se constata, de forma sensível, a presença de pessoas idosas em universidades a buscar novos caminhos. E é inegável que no futuro aumentará de forma substancial o número de pessoas que chegarão à velhice já detentoras de nível superior, portanto, mais preparadas para os desafios.

Nessa mesma linha, Jacinto e Ribeiro (2015, p. 179):

Ao mesmo tempo, melhorias nas condições de saúde e mudanças na tecnologia e na estrutura da economia implicam que a população idosa pode aumentar sua participação no mercado de trabalho, alterando a composição da força de trabalho e afetando a produtividade deste, assim como promover alterações no padrão de consumo e de poupança, com implicações para toda a economia e a sociedade.

E ainda eles:

[...] não deve-se esquecer que as próximas gerações que entrarão na terceira idade vêm mantendo maiores taxas de participação e de ocupação e, em relação às gerações anteriores, também possuem mais educação, particularmente universitária (com a massificação do ensino universitário a partir dos anos 1970 e o aumento de renda a partir dos anos 2000, expandindo as matrículas na rede privada). Estas gerações mais velhas também podem compensar o relativo menor tamanho das gerações mais novas, com uma maior participação no mercado de trabalho e maior produtividade, minimizando possíveis restrições de mão de obra para o crescimento. (JACINTO e RIBEIRO, 2015, p. 212).

A partir da CRFB/88, estabeleceu-se o idoso como credor de especial proteção e isso fez mudar o panorama com relação aos seus direitos, reforçado a partir da edição da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), legislação especial, que veio detalhar os limites dessa proteção, a contemplar além de normas protetivas, outras potencializadoras, alinhadas a uma visão de idoso atuante e melhor preparado para a vida. Conforme consta nos artigos a seguir, (BRASIL, 2003):

Art. 21. O Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados.

§1º Os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna. [...].

Art. 28. O Poder Público criará e estimulará programas de:

I – profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas;

II – preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania;

III – estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

Como visto, ações em sintonia com a ideia de um idoso capaz e melhor preparado para os atos da vida, inclusive trabalhar, casar e sustentar sua família.

Apesar desse esforço, algumas dificuldades são observadas no ordenamento com relação à idade limite para concessão de benefício ou proteção especial. O idoso não é retratado de modo uniforme se considerado o limite etário utilizado como referencial para o seu enquadramento, nos vários diplomas legais.

O Estatuto do Idoso estabelece no art. 1º, o limite de 60 anos a partir do qual uma pessoa será considerada idosa (BRASIL, 2003). No art. 34, dispõe que só a partir dos 65 anos e observados alguns requisitos, poderá o idoso ter assegurado benefício social de um salário mínimo nos termos da LOAS (BRASIL, 2003). No art. 39, *caput*, também refere os maiores de 65 anos para efeito de ter assegurada a gratuidade em transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, com alguma exceção, apesar de no seu §3º, indicar uma faixa entre os 60 e os 65 anos, para efeito de a legislação local vir a dispor sobre as condições para o exercício dessa gratuidade (BRASIL, 2003).

O Código Penal, a seu turno, ao tratar da prescrição quanto aos idosos, prevê no art. 115 o limite de 70 anos na data da sentença, a partir do qual os prazos prescricionais serão reduzidos à metade (MARTINS, 2015, p. 585).

Já o CC/2002, no art. 1.641, II, estabelece em 70 anos o limite a partir do qual será imposta a separação obrigatória de bens no casamento, cerceando-lhes o direito de exercer a sua autonomia privada.

Cumprir registrar que a própria CRFB/88 em recente alteração a partir da EC n. 88, de 07/05/2015 (PEC 475/2005 – PEC da Bengala); teve alterada a disposição do seu art. 40, §1º, II, com a ampliação do limite etário para efeito de aposentadoria compulsória, de 70 para 75 anos; e incluído o art. 100 da ADCT, que já estabelece a partir da data da sua edição a aplicabilidade desse limite, embora inexista a lei complementar específica, para as aposentadorias compulsórias dos Ministros do STF, TCU e demais Tribunais Superiores.

Conforme demonstrado, não há uniformidade quanto ao critério idade com vistas a conferir a destacada e prometida especial atenção aos idosos, e isso suscita questionamentos na hora de aplicar as leis. Além disso, a fase da vida iniciada a partir dos 60 anos tende a ser cada vez mais extensa, a contemplar realidades bem diversas, o que torna mais complicada essa aplicação. Como afirma Camarano (2013, p. 11-12):

Outro ponto a ser ressaltado é que 60 anos define uma fase da vida bastante longa; aproximadamente 23 anos, em média. É uma fase mais longa que a infância e a adolescência juntas. Ou seja, fala-se em idosos com 60, 70, 80 e 90 anos. Isto faz com que esse seja um grupo muito heterogêneo, o que configura necessidades diferenciadas.

Esta heterogeneidade é reforçada pelo fato de esses indivíduos terem vivenciado trajetórias de vidas diversas. [...].

A ampliação do limite etário de 70 para 75 anos efetuada na CRFB/88, reflete não ser a idade, necessariamente, fator limitante da capacidade da pessoa poder se autodeterminar e tomar decisões, e mostra-se sintonizada com a realidade contemporânea, farta de exemplos de pessoas idosas comandando grandes grupos empresariais, participando dos Poderes Legislativo e Executivo, ou mesmo trabalhando, ou revertendo sua aposentadoria para voltar a trabalhar. Não raro também, refazendo a sua vida afetiva e formando novas entidades familiares.

Dessa forma, revela-se ainda mais absurda a norma disposta no art. 1641, II, do CC/2002.

Situada a participação das pessoas idosas na realidade social contemporânea brasileira. É relevante percorrer a evolução histórica trilhada pela imposição em análise, até atingir a atual disposição prevista no art. 1.641, II, do CC/2002.

5.2 Evolução Histórica da Imposição

À época do império, os casamentos, em regra, eram realizados em comunhão, e uma vez consumados, passavam os cônjuges à condição de meeiros em seus bens, conforme dispunha a lei civil à época:

Ord. liv. 4 tit. 46: - Todos os casamentos feitos em nossos reinos e senhorios se entendem serem feitos por carta de ametade, salvo quando entre as partes outra cousa fôr accordada e contratada, porque então se guardará o que entre elles fôr contratado.

1. E quando o marido e mulher fôrem casados per palavras de presente á porta da igreja, ou por licença do prelado fóra della, havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens e fazenda. [...]. (ARARIPE, 1885, p. 56).

Nas discussões sobre o projeto do CC/1916, reconhecia-se a capacidade de direito como inerente ao ser humano, desde o nascimento até a morte, que o sexo na ordem civil em nada influenciava na capacidade de direito ou de fato, que em razão do casamento sob o regime da comunhão, padrão à época, a capacidade da mulher para a prática de atos jurídicos era limitada em razão da prevalência do poder marital, inequívoca discriminação à figura feminina, e que a separação de bens, conferia à mulher casada condição mais isonômica. (BRASIL, 1889, p. 29-30):

[...] Que está e esteve sempre muito do seu espirito reconhecer a incapacidade da mulher. A capacidade de direito é commum a todo o ser humano desde que nasce até que morre. O sexo, na ordem civil, nada influe nem na capacidade de direito, nem na de facto. **O casamento, porem, restringe a capacidade para os actos jurídicos.** Toda a restricção de capacidade é incapacidade relativa. A civilisação ha muito prescreveu a manus dos Romanos, o poder marital como ainda o admittiram as Ordenações Philippinas; mas em toda a parte do mundo o homem ainda é o chefe da familia, o protector natural de sua companheira, a quem communica, geralmente, a própria nacionalidade, o próprio domicilio e defende em juizo. **No regimen da communhão a capacidade da mulher casada é muito limitada,** a ponto que Legouvé, cuja auctoridade citou o illustre Conselheiro diz menos exactamente - que ella nada póde. **No regimen da separação dos bens a mulher casada é quasi tão capaz como o marido.** O índice não podia omittir uma incapacidade relativa, geralmente reconhecida, e que deve ser objecto de meditado estudo na Parte Geral e na Parte Especial. Em todo o caso é fóra de duvida que essa

incapacidade se limita aos actos dependentes da auctorisação do marido [...]. (Grifo nosso).

Além dessa discriminação em razão do sexo, também já se percebia igual prática quanto à idade, ao se buscar dificultar o casamento dos velhos, independentemente de ser homem ou mulher:

[...] Em relação ao titulo 2.º, propoz que se diminuísse a restricção da capacidade civil da mulher casada e se ampliasse um pouco a da do marido, ao menos em relação á disposição dos bens.

Quanto ao regimen destes, propoz a continuação do commum, como regra, facilitando-se, porem, as convenções matrimoniaes exclusivas de communhão, e o regimen dotal.

Ponderou que convinha ampliar as disposições da Ord. liv. 4 tit. 105, e estabeleceu medidas que ao menos indirectamente dificultassem o casamento dos velhos sem distincção de sexos, e propoz que na falta do pae se transmittisse o pátrio poder á mãe, enquanto viúva [...]. (BRASIL, 1889, p. 41). (Grifo nosso).

Rui Barbosa ao manifestar-se a respeito da imposição do regime de bens no casamento de idosos, quando do parecer emitido ao Senado sobre a proposta de redação do CC/1916. Manteve em essência, a redação proposta no art. 265:

Art. 265. Na falta de convenção, ou sendo nula a celebrada, vigorará o regimen da comunhão universal, **salvo os casos seguintes de casamento, em que será obrigatório o regimen da separação de bens:**

I. Das pessoas que o realizarem com infração das disposições do art. 187. ns. XI. XII. XIII. XIV. XV e XVI.

II. Do homem maior de sessenta e da mulher maior de cinqüenta anos, tendo herdeiros necessários.

III. Do órfão de pai e mãe, ainda havendo o consentimento de que trata o n. XI do art. 187.

IV. De todo aquele que depender de autorização judicial. (RIO DE JANEIRO, 1902, p. 122). (Grifo nosso).

A sugestão de Rui Barbosa para o mesmo, que veio a tornar-se o art. 258, foi:

Art. 265. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regimen da comunhão universal.

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

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 187. ns. XI a XVI. (Art. 220.)

II. Do maior de sessenta e da maior de cinqüenta anos, tendo...

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 187. n. XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. Do de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial. (Arts. 137. n. XI, 391. n. III. 432. n. I. e 459.). (RIO DE JANEIRO, 1902, p. 122). (Grifo nosso).

O CC/1916, instituído pela Lei n. 3.071 de 01/01/1916, consagrou a imposição do regime da separação de bens no casamento de idosos, no seu art. 258, parágrafo único, que após alterações de redação previstas no Decreto n. 3.725, de 04/12/1919, passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

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

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

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

II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III - do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, no termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor; (*Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919*).

IV - de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453). (*Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919*). (BRASIL, 1916). (Grifo nosso).

Passados os anos, surgiram questionamentos judiciais sobre as injustas consequências da imposição da separação obrigatória, notadamente com relação aos bens adquiridos na constância do casamento a partir do esforço comum dos cônjuges, que em razão da tradição, eram registrados apenas em nome de um deles a gerar conflitos no término da sociedade conjugal, em razão do prejuízo de um decorrer do enriquecimento sem causa do outro. O STF mitigou esse problema, ao editar a Súmula 377, já abordada, que veio conferir um novo regramento à separação legal ou obrigatória. Conforme anota Dias (2015, p. 659):

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 ser autorizada 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.

Por 60 anos o art. 258, *caput* ficou inalterado até a Lei n. 6.515/1977 trocar o regime supletório para a comunhão parcial. Além de no seu art. 45, relaxar a imposição do art. 258, parágrafo único, II, ao permitir livre escolha do regime quando

o casamento suceder uma comunhão de vida desde antes de 28/06/1977 que haja perdurado por 10 anos consecutivos, ou da qual tenha resultado prole:

Art. 45 Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, **não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.** (BRASIL, 1977). (Grifo nosso).

Com a constitucionalização do Direito Civil a partir da CRFB/88, Intensificaram-se os questionamentos a respeito da não recepção do referido art. 258, parágrafo único, II, pela nova ordem constitucional. Malgrado dissensões existentes e a demora na sua aprovação, o CC/2002 não resolveu em definitivo essa discriminação imposta aos idosos. Limitou-se, apenas, a corrigir a distinção por sexo, ao estabelecer o limite etário único de 60 anos, para homem ou mulher, acima do qual haverá a imposição da separação legal. O art. 258 do CC/1916 inspirou o art. 1.641 do CC/2002, cuja redação original foi a seguinte:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II - da pessoa maior de sessenta anos;

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

Essa redação perdurou até a edição da Lei n. 12.344, de 09/12/2010, que limitou-se a ampliar o limite etário do inciso II, de 60 para 70 anos, apenas a refletir o aumento na expectativa de vida da população brasileira. Em verdade, uma alteração que atenua, mas não resolve a discriminação imposta aos idosos, frontalmente contraria à CRFB/88. Ficou assim a atual redação do art. 1.641, II, do CC/2002: “II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;” (MARTINS, 2015, p. 341).

Doutrina e Jurisprudência majoritárias entendem não ser absoluta a imposição do art. 1.641, II, do CC/2002, pois se assim o fosse, implicaria revogação da Súmula 377 do STF, que continua a ser utilizada para combater situações que configurem enriquecimento sem causa. A referir essa questão e a possibilidade de alteração do regime de bens pelo idoso que venha a completar 70 anos na vigência do casamento, a lição de Dias (2015, p. 659):

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

Como é vedada a livre escolha do regime de bens quando do casamento do idoso, não incide a mesma vedação com referência a sua **alteração do regime** (CC 1.639, §2.º), pelo fato de os cônjuges terem atingido a idade de 70 anos já na vigência do casamento.

Ao longo dessa evolução, e em razão das relevantes mudanças sociais e jurídicas ocorridas durante o percurso, variadas foram as manifestações doutrinárias sobre o tema, a serem expostas a seguir.

5.3 Posições Doutrinárias – Revisão da Literatura

A controvérsia a respeito da impossibilidade de escolha do regime de bens no casamento em razão da idade, prevista no art. 1.641, II do CC/2002, em razão da sua possível inconstitucionalidade, não é nova, como bem demonstra Rolf Madaleno ao citar o Enunciado n. 125 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal:

Na I Jornada de Direito Civil, sob os auspícios do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada entre 11 e 13.09.2002, [...] foi aprovado o Enunciado n. 125, no sentido de **pugnar pela revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, porque o dispositivo 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 pátio da Carta Magna (CF, art. 1º, inc. III). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consulte seus interesses". (ALVES e DELGADO, 2005 apud MADALENO, 2013, p. 75). (Grifo nosso).**

Revela-se ainda mais inaceitável a imposição quando pessoas de até mais idade exercem cargos importantes no Executivo, elaboram leis, e decidem questões relevantes nos Tribunais. Nesse sentido e também alinhados ao referido Enunciado n. 125 pela necessidade de desatrelar a idade das limitações impostas à escolha do regime de bens, comentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

Também de nada adiantou o advento da Lei nº 12.344/10, aumentando a limitação de escolha do regime de bens de 60 para 70 anos de idade, pois a violação à dignidade humana continua presente. **A única solução cabível, em interpretação civil-constitucional, por certo, é desatrelar a idade das limitações impostas à escolha do regime de bens.** Afinal, não se esqueça de que uma pessoa com 70 anos pode (e isso acontece com

frequência) chefiar o Poder Executivo e escolher os destinos econômicos de toda a nação, malgrado não possa, estranhamente, escolher o seu próprio regime de bens.

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 de 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. [...]. (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p.280-281). (Grifo nosso).

Também contra a norma enfrentada, a partir de ponderações atinentes a patrimônio e idade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, ao lecionarem que apesar da nobre intenção de proteger o idoso contra as investidas de quem intencione aplicar o “golpe do baú”, incorre-se em inaceitável afronta ao princípio da isonomia, por impor ao idoso, *a priori*, uma incapacidade, uma espécie de interdição, que a própria lei civil para reconhecer, pressupõe a existência inafastável de um devido processo legal, com contraditório e ampla defesa:

A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence.

E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.

Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição.

Muito pelo contrário.

O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso.

Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade!

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade. (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 366). (Grifo nosso).

Na mesma direção, Lôbo (2015, p. 296), ao observar tratar-se de uma forma de impor restrição à liberdade de escolha dos termos do próprio matrimônio, que a constituição não impõe, a implicar, inconstitucionalidade:

[...] Entendemos que **essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente, é inconstitucional esse ônus.** [...]. (Grifo nosso).

Também ao questionar a incoerência de não ser aplicável a imposição, quando o casamento suceder uma união estável iniciada antes da idade limite. E de não haver impedimento legal, para que o maior de 70 anos, casado pelo regime da separação obrigatória, possa doar bens ao seu cônjuge, observada a legítima:

[...] Segundo o enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, 2004, do Conselho da Justiça Federal, a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de 70 anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade. Por outro lado, não há impedimento legal para que o cônjuge casado com mais de 70 anos, sob regime de separação obrigatória, faça doação de bens ao outro, desde que observada a legítima, em virtude do princípio da livre disposição de bens. (LÔBO, 2015, p. 296-297).

E ainda, por considerar a imposição não só inconstitucional e inconsistente do ponto de vista moral, como injusta por criar uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. Além de preconceituosa, por vedar à pessoa idosa o direito ao amor e ao afeto, considerando-a incapaz de reagir à paixão, e de só atrair companhia em razão de interesse material:

Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens **cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal, que permita o Poder Judiciário averiguar se é caso ou não de interdição do nubente idoso. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil.** A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. [...] A difusão vulgar do chamado “golpe do baú **mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material.** [...]. (LÔBO, 2015, p. 297). (Grifo nosso).

Para Maria Berenice Dias, a imposição mostra-se injusta, discriminatória e incoerente. Incoerente, porque do ponto de vista protetivo, seria mais correto que a opção fosse pelo regime supletivo da comunhão parcial, por retratar de forma mais razoável a realidade dos bens havidos durante a união fruto do esforço comum de ambas as partes. Injusta e discriminatória, porque ao limitar a autonomia da vontade em razão da idade, discrimina o idoso, por instaurar *a priori*, uma espécie de

incapacidade civil que a própria lei só reconhece no âmbito de um devido processo legal de interdição, com perícia técnica, oitiva do interditando, contraditório e ampla defesa, nos termos dos artigos 747 a 758 do CPC/2015, única forma capaz de afastar a plena capacidade civil, adquirida quando do implemento da maioridade. Nesses termos, a imposição nitidamente afronta a CRFB/88 por desprezar os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Assim inicia:

Ainda que sejam assegurados todos os direitos e garantias ao idoso, mantém-se contra os mesmos **injustificável discriminação**. 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 total incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641, II). Em se tratando de norma protetiva, **o mais correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial**, que é o vigente quando os nubentes nada convencionam por meio de pacto antenupcial. Impor o regime da separação obrigatória, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o matrimônio, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças. (DIAS, 2015, p. 658). (Grifo nosso).

Em sintonia com Rolf Madaleno, complementa:

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 desprezar os princípios da igualdade e da liberdade, consagrados como direitos humanos fundamentais**. Em face do direito à igualdade e à liberdade, **ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil**. (MADALENO, 2003 apud DIAS, 2015, p. 658). (Grifo nosso).

Para assim concluir:

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

Diante do casamento, no entanto, tudo isso é olvidado. Quando alguém, após atingir a idade de 70 anos, quiser casar, ainda que não esteja impedido de fazê-lo, não pode dispor sobre questões patrimoniais e escolher livremente o regime de bens. (DIAS, 2015, p. 658). (Grifo nosso).

Cumpra registrar que o limite etário, atualmente em 70 anos, até 2010 era de 60 anos, quando foi majorado pela Lei n. 12.344/2010, para refletir o aumento da longevidade da população brasileira. Essa alteração, apesar de atenuar a limitação à liberdade de escolha do idoso no casamento, revela-se uma perda de oportunidade legislativa de resolver em definitivo o problema. Optou-se por diminuir o seu impacto, mas manteve-se o descompasso com a CRFB/88, por não eliminar a violação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, frontalmente atingido pela norma. Nesse mesmo entendimento quanto à perda de oportunidade de resolver a questão em definitivo, a precisa manifestação de Lôbo (2013, p. 4):

[...] A elevação da idade, todavia, não afastou a inconstitucionalidade da norma do Código Civil reformada pela lei, porque persiste o defeito de origem de redução do direito do idoso, que colide com a dignidade da pessoa humana e com a liberdade de escolha de pessoa capaz. A lei mitigou a violação a esses princípios constitucionais, mas a manteve, obstando o exercício dos direitos fundamentais consequentes.

A relevante discussão sobre a impropriedade do art. 1.641, II por privilegiar aspectos patrimoniais contrapondo aspectos humanos, justifica-se pelo fato de significativa doutrina e destacada jurisprudência considerarem a afetividade como elemento e até mesmo como princípio que melhor fundamenta as relações familiares. A família atual, muito além de uma instituição destinada a preservar o patrimônio para perpetuar laços de sangue, constitui-se uma comunidade afetiva focada em desenvolver as potencialidades humanas dos seus membros. Sobre a relevância do afeto nas relações familiares leciona Tartuce (2015, p. 23):

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. [...].

De igual modo, o reconhecimento da sua relevância em nível jurisprudencial, na brilhante intervenção da Ministra do STJ Nancy Andrighi:

[...]

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus

integrantes. [...]. (BRASIL. STJ, Resp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 04.02.2010, Dje 23.02.2010).

Poucas foram as referências encontradas na doutrina alinhadas a favor da imposição da separação legal em razão da idade. A maioria ainda na vigência do CC/1916 que no art. 258 discriminava tanto por idade quanto por sexo. Clóvis Beviláqua, em sintonia com os valores morais da época, entendia existir muito mais interesse patrimonial que afetivo no casamento entre pessoas jovens e idosas. E em razão da importância conferida ao patrimônio na manutenção e consolidação da família, assim justificava a existência da imposição da separação obrigatória:

[...] Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados e inconvenientes, a lei, põe um entrave às ambições não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão. (BEVILÁQUA 1945, p. 169).

Na mesma frequência, Pontes de Miranda, ao afirmar com inegável preconceito, ser possível o casamento de pessoa idosa unicamente com separação de bens. Ao propósito de evitar união por interesse meramente patrimonial, capaz de prejudicar pessoas afetivamente mais vulneráveis, e, portanto, mais suscetíveis de serem enganadas em razão da idade elevada:

8. *Idade alta.* O maior de sessenta e a maior de cinquenta anos pode casar. Nenhum impedimento existe. Todavia, para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva, a lei cortou a possibilidade das estipulações convencionais de ordem matrimonial e excluiu o regime comum. É cogente o da separação. (MIRANDA, 2000, p. 359 apud SANTOS, 2009, p. 9).

Por entenderem aceitável a limitação imposta ao Direito Fundamental à Liberdade, por não enxergá-lo absoluto, mas adstrito aos limites impostos pelo ordenamento, que em várias disposições do direito de família impõe outras limitações. E a referirem ser mais importante que essa mitigação, proteger a pessoa idosa e seus familiares, dos efeitos de um casamento por mero interesse financeiro. Manifestam-se Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de setenta anos de idade, **é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o**

poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar que **não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares.** (MONTEIRO e SILVA, 2012, p. 295). (Grifo nosso).

E complementam, ao invocar a justificação do Senador Josaphat Marinho em favor da manutenção da norma discutida:

Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, II, do atual Código Civil, **trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes.** É de lembrar que, conforme os anos passam, **a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras,** ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, **pode acarretar consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução inter vivos de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução causa mortis** do casamento. (MONTEIRO e SILVA, 2012, p. 295). (Grifo nosso).

Na mesma linha preconceituosa para com os idosos, vistos como frágeis, incapazes de reagir a abordagens afetivas de pessoas mais jovens apenas interessadas em seu patrimônio, e, portanto, carentes da proteção estatal; mas a admitir flexibilização da norma impositiva da separação legal, em sintonia com a Súmula 377 do STF, A clara manifestação de Veloso (2008, p. 32).

Achamos, porém, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú". Mas, ao contrário do que prevê o Projeto de Código Civil, o regime de separação de tais casamentos deve ser com a comunhão de aqüestos. Aliás, por construção da jurisprudência, é a solução adotada entre nós, conforme a Súmula nº 377 do STF [...].

Apesar da legislação estrangeira pertinente à matéria não fazer parte do escopo da pesquisa, cumpre enumerar, brevemente, algumas referências ao tema em países próximos, lembradas por Adrielly Francine Rocha Tiradentes:

Argentina [...] Embora a administração dos bens, na sociedade conjugal caiba ao marido, **não há restrição quanto à idade**

pertinente para fazer jus aos aspectos e especificações de tal regime, devendo cada cônjuge, no caso de alienação de algum imóvel em comum, ter a anuência do outro. [...]. (TIRADENTES, 2014). (Grifo nosso).

Uruguai [...] São admitidas convenções patrimoniais, em que os cônjuges podem ajustar o que lhes aprouver, segundo suas conveniências. A única restrição que se impõe, é que tal escolha não pode agredir os bons costumes e as disposições do próprio Código Civil uruguaio. [...]. (TIRADENTES, 2014).

Paraguai [...] Os nubentes poderão escolher o regime que melhor lhes aprouver, mediante convenções patrimoniais, **sem nenhuma restrição quanto à idade**, observando, contudo, as restrições legais. (CAMINHA, 2010 apud TIRADENTES, 2014). (Grifo nosso).

Essas variadas manifestações doutrinárias, em sua grande maioria contrárias à imposição prevista na norma enfrentada, de forma previsível vieram a desaguar no Poder Judiciário. Como será demonstrado em seguida.

5.4 Posições Jurisprudenciais

A melhor Doutrina Familiarista é unânime em referir o paradigmático julgado do Ex-Ministro do STF Cezar Peluso, quando Desembargador Relator na Apelação Cível n. 007.512-4, da 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, como exemplo de enfrentamento da inconstitucionalidade do art. 258 do CC/1916 que impunha a separação obrigatória de bens no casamento de idosos. Oportunidade em que concluiu pela não recepção da norma pela CRFB/88, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana. Para um melhor entendimento, a ementa do acórdão:

Apelação Cível 0075124

São José do Rio Preto - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator Antonio Cezar Peluso - 18/08/1998

Ementa: DOAÇÃO - Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se - Doador já sexagenário - Validez - Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento - Inocorrência de fraude à lei - Inaplicabilidade do artigo 312, c.c. artigo 258, parágrafo único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento.

Ementa: CASAMENTO - Regime de bens - Separação legal obrigatória - Nubente sexagenário - Doação à consorte - Validez - Inaplicabilidade do **artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil**, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual - Norma jurídica incompatível com os artigos 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição da República em vigor - Improcedência da ação anulatória - Recursos não providos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo **incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana**,

da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), **já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil.** (TJSP, Apelação cível 007.512-4, 2ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Cezar Peluso, j. 18/08/1998). (Grifo nosso).

Nessa mesma linha, manifesta-se o judiciário sergipano, no Incidente de Inconstitucionalidade n. 0003/2010, sob a relatoria do Juiz Convocado Dr. José dos Anjos; quando refere violação ao princípio da dignidade da pessoa humana; dificuldade para conversão da união estável em casamento e; imposição repudiante e desnecessária de incapacidade em razão da idade, limitadora da liberdade e da autonomia privada, e também violadora da igualdade, por tratar capazes e incapazes da mesma forma, unicamente em razão de terem uma mesma idade. Conforme demonstrado nesse excerto do voto proferido:

[...]

Ao meu sentir, o tema lançado comporta expressa confrontação com os preceitos norteados na Constituição Federal, em especial quanto a proteção da dignidade humana e sobre o artigo 226, §3º, que elenca: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Enfrentado o tema refletindo sob o princípio da dignidade humana, importante, inicialmente, expor os valores que orbitam tal consagrado conceito. A dignidade humana revela-se intimamente ligada a singularidade, especificidade e, principalmente, a liberdade do ser humano. É nesse caminho que se valoriza o conceito humano em particular, em sua forma singular e subjetiva.

[...]

Verdade que o disposto negatório no Código Civil de 1916 e reiterado no novo Codex em seu artigo 1641, inciso II, tolhe de maneira desproporcional e não razoável a liberdade, a consciência singular e individual daquele cidadão - hodiernamente considerado idoso nos termos da Lei 10.741/03 Estatuto do Idoso, vide artigo 1º - a sua vontade íntima sobre a disposição de seus bens, o considerando plenamente incapaz de reger seu patrimônio sobre uma irracional e preconceituosa questão de idade, circunstância também repudiada pelos princípios fundamentais incertos no art. 3º, incisos III e IV, da Constituição Federal.

[...]

A vedação legal imposta irradia afronta incisiva contra a dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil. Sobremaneira, ainda que se vislumbre pálida noção protetiva, a mesma se torna ineficiente, pois as próprias disposições civis dispõem de outros mecanismos para tal objetivo a exemplo da interdição sobre prodigalidade ou outras adversidades impostas pela vida. Portanto, o critério legal em censurar o idoso (maior de 60 anos) sobre disposição de seu patrimônio é pernicioso à dignidade humana, pois o rebaixa ao patamar de incapaz devido a um elemento objetivo, idade da pessoa, sem a devida apreciação da capacidade do ser humano, igualando todos em uma vala comum de incapazes, numa repudiante violação a princípios e direitos

fundamentais da pessoa humana. Tal instrumento se mostra em pleno descompasso com a nova ordem mundial, ainda mais na atualidade onde se pontificam pessoas habilmente capazes revestidas sobre o conceito de idoso. Sobre outra ótica, cabe expor o seguinte mandamento constitucional: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. A normativa exposta contraria diretamente o disposto na norma civil examinada (art. 1.641, II, do CC), pois esta ao contrário do imposto na Carta Magna, impõe relevante óbice na facilitação dos efeitos atinentes aos casamentos, em especial sobre o regime de bens. E o casamento como instituição abarca em um dos seus elementos essenciais a livre disponibilidade dos bens dos cônjuges. Urge ainda frisar, que a vedação legal, ao contrário do que suscita a Constituição, possui efeito contrário a homenagem ao casamento que a lei deve reverenciar, pois pessoas envoltas em regime de união estável, em temor ao regramento de censura, seriam obrigadas a permanecer em tal união para fugir dos efeitos de nulidade de um casamento, disponibilizando seus bens de outras maneiras como, a exemplo, por meio de testamento. A par dessas considerações, verifico que existe patente vício de inconstitucionalidade do inciso II, do art. 1.641, do Código Civil. (TJ/SE; Acórdão nº 201011738; Processo nº 2010107802; Incidente de Inconstitucionalidade nº 0003/2010; Relator: José dos Anjos (Juiz Convocado); Julgamento em: 17/11/2010).

De modo diverso, posiciona-se a Ministra Nancy Andrighi, do STJ, como relatora no REsp n. 260.462-PR, quando refere indiretamente concordar com a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento de idosos, para ela norma protetiva, à época com previsão no art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC/1916. Até por não suscitar qualquer possível espécie de inconstitucionalidade e utilizá-lo como fundamento de sua decisão. Conforme trecho da mesma a seguir:

[...] O que importa é que o negócio jurídico entabulado e registrado feriu os arts. 258, parágrafo único, II e art. 312, 1ª parte, ambos do CC.

O casamento foi celebrado, sob o regime de separação de bens, em 12-01-1995, quando o Recorrido, nascido em 04/09/1928, tinha 66 (sessenta e seis) anos, portanto, incidindo a norma protetiva do art. 258, parágrafo único, II do CC, porque é obrigatório o regime de separação de bens entre os cônjuges no casamento "Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos". (STJ, REsp nº 260.462/PR, Rel. Ministro NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma, julgado em: 04/12/2000, DJe. 15/12/2000).

Sabe-se que o art. 226, §3º, da CRFB/88, reconhece a união estável como entidade familiar, e que deve a lei facilitar a sua conversão para o casamento, ambos merecedores da proteção estatal. E ainda, que o art. 1.725 do CC/2002, estabelece a comunhão parcial como regime padrão da união estável, na ausência de qualquer outra combinação expressa entre os companheiros, sem fazer qualquer referência a limite etário destes. E também, que nos termos do art. 5º, da Lei n.

9.278/1996, salvo as exceções referidas no mesmo, os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, presumem-se, fruto do esforço comum dos companheiros (BRASIL, 1996). Dessa forma, uma polêmica se estabelece para aqueles que consideram a regra limitadora do art. 1.641, II, do CC/2002, constitucional: Deverá ser a mesma também imposta à união estável com a participação de pessoa idosa?

A aludir concordância com a aplicabilidade do art. 1.641, II, do CC/2002, à união estável, o pronunciamento do Ministro do STJ Massami Uyeda, no seu voto como Relator do REsp n. 1.090.722 – SP, de acordo com o trecho que segue:

[...] Em que pese as justificadas críticas da doutrina quanto à legalidade, e mesmo constitucionalidade, do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, já que o fato de o indivíduo atingir a idade de sessenta anos não consubstanciaria motivo idôneo para impedi-lo de, por via transversa, dispor de seus bens, mormente em se tratando de genuíno direito patrimonial, é certo que tal preceito legal, também sob o motivado argumento de que se trata de norma protetiva (ainda que por presunção legal), de caráter cogente, vige e aplica-se integralmente ao casamento.

Nessa linha de raciocínio, se, para o casamento, que é o modo tradicional, solene, formal e jurídico de constituir uma família (ut REsp 736.627/PR, Relator Ministro Fernando Gonçalves, - Segunda Seção, DJe 01/07/2008) - portanto, cercado, desde seu início, de segurança jurídica - há a limitação legal, esta consistente na imposição do regime da separação de bens para o indivíduo sexagenário que pretende contrair núpcias, com muito mais razão tal regramento deve ser estendido à união estável, que, a exemplo do casamento, consubstancia-se em forma de constituição de família, legal e constitucionalmente protegida, mas que, inequivocamente, carece das formalidades legais e do imediato reconhecimento da família pela sociedade.

Em última análise, a não-extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus à união estável equivaleria ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual, como visto, propõe-se a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário.

Nesse diapasão, poder-se-ia cogitar a hipótese do indivíduo que, contando com mais de sessenta anos e tendo por propósito, ou sendo levado a tal, a adotar a comunhão parcial de bens como o regime de bens regente de seu relacionamento, certamente deixaria de se casar para se manter em união estável, situação, é certo, não almejada pelas leis postas.

Portanto, tem-se por aplicável à união estável o regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil. (STJ, REsp nº 1090722/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, 3.ª Turma, julgado em: 02/03/2010, DJe. 30/08/2010).

Em razão das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais apresentadas, a favor e contra a norma discutida. E de não ter o Poder Judiciário resolvido de forma definitiva a questão, visto não ter sido declarada, em tese, a inconstitucionalidade da

mesma pelo STF, até por não ter sido ainda apreciada competente ação nesse sentido. A imposição continua a ser aplicada, e contestada, da mesma forma de sempre, e isso não poderia ficar imune à apreciação do Poder Legislativo, criador do dispositivo controvertido, e, portanto, interessado na solução da controvérsia. Nesse sentido a reação legislativa a seguir.

5.5 Reação Legislativa

As controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da incompatibilidade normativa do art. 1.641, II, do CC/2002 com a CRFB/88, não tardaram a repercutir no âmbito do Poder Legislativo. Em 06/07/2006, o Senador José Maranhão, deu entrada no PLS n. 209/2006, com o firme propósito de revogar o referido artigo, em razão da desmedida intervenção provocada pelo mesmo na instituição família, com violação de dispositivos constitucionais, tais como: art. 1º, III; art. 5º, I e X; e art. 226. Os trechos de sua justificação ilustram a pretensão:

[...] a plena capacidade mental deveria ser aferida em cada caso particular, não podendo a lei presumi-la por capricho do legislador, que meramente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado. (BRASIL, 2006, p. 2).

[...] as causas mais relevantes para a mudança do inciso II do art. 1.641 do Código Civil possuem sede constitucional. Supor, de modo apriorístico, que a pessoa, por ter atingido determinada idade – seja qual for –, tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, implica incorrer em patente discriminação, bem assim em ofensa ao princípio da dignidade humana. E, para harmonizar a legislação infra-constitucional com os preceitos constitucionais, cremos inarredável a revogação do inciso II do art. 1.641. (BRASIL, 2006, p. 3).

Esse projeto tramitou, mas não logrou êxito, e veio a ser arquivado em 07/01/2011, ao final da legislatura, nos termos do art. 232, do Regimento Interno do Senado. Talvez em razão do surgimento do PL n. 108/2007, em 12/02/2007, da Deputada Solange Amaral, que veio, em sentido contrário, dar origem à Lei n. 12.344/2010, responsável pela alteração do referido art. 1.641, II, que passou a vigorar com o atual limite etário de 70 anos.

Em 25/10/2007 foi apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas, o PL n. 2.285/2007, ainda em tramitação, também conhecido como “Estatuto das Famílias”, que contempla toda uma série de pesquisas e debates de renomados especialistas membros do IBDFAM, entidade responsável pela iniciativa. Vem em resposta à necessidade de serem corrigidas imperfeições do CC/2002, atinentes ao Direito das

Famílias, que têm gerado intensas controvérsias e dificuldades de aplicação normativa, em razão de inequívocas inaptações à ordem constitucional vigente. Nesse sentido, a referir o descompasso entre o CC/2002 e a CRFB/88, e a necessidade de um regramento próprio para o “Direito das Famílias”, esse trecho da justificação constante da proposta:

[...]

Durante a tramitação do projeto do Código Civil no Congresso Nacional, após a Constituição de 1988, o Senado Federal promoveu esforço hercúleo para adaptar o texto - antes dela elaborado - às suas diretrizes. Todavia, o esforço resultou frustrante, pois não se poderia adaptar institutos que apenas faziam sentido como expressão do paradigma familiar anterior à nova realidade, exigente de princípios, categorias e institutos jurídicos diferentes. A doutrina especializada demonstrou à saciedade a inadequação da aparente nova roupagem normativa, que tem gerado intensas controvérsias e dificuldades em sua aplicação.

Ciente desse quadro, consultei o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, entidade que congrega cerca de 4.000 especialistas, profissionais e estudiosos do Direito de Família, e que também tenho a honra de integrar, se uma revisão sistemática do Livro IV da Parte Especial do Código Civil teria o condão de superar os problemas que criou.

Após vários meses de debates, a comissão científica do IBDFAM, ouvindo os membros associados, concluiu que, mais do que uma revisão, seria necessário um estatuto autônomo, desmembrado do Código Civil, até porque seria imprescindível associar as normas de Direito Material com as normas especiais de Direito Processual. Não é mais possível tratar questões visceralmente pessoais da vida familiar, perpassadas por sentimentos, valendo-se das mesmas normas que regulam as questões patrimoniais, como propriedades, contratos e demais obrigações. Essa dificuldade, inerente às peculiaridades das relações familiares, tem estimulado muitos países a editarem códigos ou leis autônomas dos direitos das famílias. Outra razão a recomendar a autonomia legal da matéria é o grande número de projetos de leis específicos, que tramitam nas duas Casas Legislativas, propondo alterações ao Livro de Direito de Família do Código Civil, alguns modificando radicalmente o sentido e o alcance das normas atuais. Uma lei que provoca a demanda por tantas mudanças, em tão pouco tempo de vigência, não pode ser considerada adequada. (BRASIL, 2007, p. 41).

Sobre a imposição da separação obrigatória, do art. 1.641, II do CC/2002. A posição de total repúdio, no breve excerto, da referida justificação:

Por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório, que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) tinha praticamente convertido em regime de comunhão parcial. Definiu-se, com mais clareza, quais os bens ou valores que estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática de sonegação de bens que devem ingressar na comunhão. (BRASIL, 2007, p. 42).

Talvez em razão da complexidade desse PL n. 2.285/2007, que ao intencionar regradar todo o Direito das Famílias, tem experimentado uma longa tramitação, surgiu em 04/02/2015, o PL n. 189/2015, de iniciativa do Deputado Cleber Verde, que retoma a linha do citado PLS n. 209/2006, e vai mais além, por não só buscar a revogação do art. 1.641, II, do CC/2002, como também facultar, àqueles que foram atingidos pelo mesmo, a possibilidade de alterar o regime de bens imposto, nos termos do art. 1.639, §2º, do mesmo código, já abordado.

Em sua justificativa, são igualmente referidas ofensas à dignidade da pessoa humana, à liberdade de escolha da pessoa capaz e à própria família como instrumento de busca da felicidade. Como se depreende dos conteúdos seguintes:

[...] Se o contexto familiar se funda em dignidade da pessoa humana, solidariedade, respeito de seus entes para estabelecerem e desfrutarem de uma vida em comunhão, não seria um retrocesso praticado pelo legislador continuar com a obrigatoriedade do regime da separação de bens nos casos do artigo 1.641, II do Código Civil, ignorando todo o processo de repersonalização do Direito de Família?

O Regime de Bens é um dos instrumentos de que dispõe as pessoas para dar efetividade aos seus interesses na hora de constituir a família. Por isso, a separação obrigatória de bens consagra a restrição à liberdade de amar, e vai de encontro à interpretação eudemonista da família. **Suprimir o direito de escolha quanto ao Regime de Bens na hora de casar é desconsiderar o princípio norteador de todo o sistema jurídico: a dignidade da pessoa humana. Especificamente, no caso do inciso II, do artigo 1641 do Código Civil, a restrição atenta contra a liberdade individual, ofende a dignidade da pessoa humana e inflige um ultraje à terceira idade.** (BRASIL, 2015, p. 3). (Grifo nosso).

[...] A supressão da escolha do Regime de Bens limita, potencialmente, a família como instrumento de busca da felicidade. **A restrição legal que, antes de analisar as características pessoais de cada ser humano, impede a manifestação da autonomia de vontade dos nubentes na fixação do regime de bens de seu próprio consórcio causa um abalo à instrumentalidade constitucional da família.** Por todos esses motivos, conclui-se que a ordem jurídica trazida pela Constituição de 1988 não recepciona o inciso II do artigo 1641. (BRASIL, 2015, p. 4). (Grifo nosso).

[...] A pessoa, que tiver plena capacidade de exercer os atos da vida civil, tem o direito de dispor livremente sobre os seus bens, e ninguém pode interferir nessa vontade, nem mesmo a lei. (BRASIL, 2015, p. 6).

[...] **Ainda que com a melhor das intenções, a lei partisse do pressuposto que o idoso seria vulnerável às enganações, peca terrivelmente por ignorar o fato de que a experiência e a maturidade acumulada durante toda a vida podem revelar a mais apurada sabedoria.** (BRASIL, 2015, p. 7). (Grifo nosso).

Como visto, há ainda um longo caminho a trilhar na busca por uma efetiva solução para a questão enfrentada. No sentido de contribuir de alguma forma com essa busca, a análise a ser apresentada no próximo capítulo.

6 ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE NORMATIVA DO ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL

6.1 Introdução

Inicialmente deve ser esclarecido que as análises a serem procedidas de forma alguma contemplarão a totalidade das disposições normativas dos diplomas legais a serem abordados. Longe disso, terá escopo reduzido, delimitado em razão da relevância com o tema e com os objetivos da pesquisa.

Será verificada a compatibilidade com disposições do CC/2002 e do Estatuto do Idoso, a possibilidade de inconstitucionalidade por vício material frente à CRFB/88 e a convencionalidade frente ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

6.2 Com a Constituição Federal

O paradigma do controle de constitucionalidade a ser realizado contemplará as seguintes normas: o art.1º, III (dignidade da pessoa humana), o art. 3º, I (Liberdade) e IV (Igualdade - vedação à discriminação) e o art. 5º, *caput* (Liberdade, Igualdade e Propriedade) e inciso X (Inviolabilidade da Vida Privada).

O Brasil é um Estado Democrático de Direito fundado, sobretudo, na Dignidade da Pessoa Humana (art.1º, III) (MARTINS, 2015, p. 14), o que a torna o centro das prioridades estatais.

Para dar concretude a essa prioridade, o Estado reconhece e confere toda uma série de Direitos e Garantias Fundamentais, de natureza imprescritível, inalienável e irrenunciável, portanto, blindados a violações por quem quer que seja, inclusive pelo próprio Estado.

Concretizar esses Direitos e Garantias Fundamentais de modo a promover o bem de todos sem qualquer tipo de preconceito (de sexo, idade, ou de qualquer outra natureza), e sem qualquer forma de discriminação, constitui-se um dos objetivos, talvez o principal, da República do Brasil nos termos do art. 3º, IV, indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) (MARTINS, 2015, p. 14).

Nesse sentido, não será possível tolerar qualquer tipo de preconceito ou discriminação, que ao final implique ofensa à Dignidade Humana. Ou de outra forma:

violiar, limitar ou comprometer o exercício de Direitos e Garantias Fundamentais em razão de preconceito ou discriminação, implica atingir, de forma direta, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que se materializa a partir da concretização desses Direitos e Garantias Fundamentais.

Feitas essas considerações sobre o paradigma do controle, cumpre analisar a norma enfrentada.

A lei estabelece a capacidade civil plena aos 18 anos sem qualquer previsão de cessação da mesma em razão de limite etário superior. Dessa forma, afastadas as hipóteses de incapacidades previstas na lei, em regra, os maiores de 18 anos são todos plenamente capazes de exercer direitos e contrair obrigações na órbita civil.

O art. 1.641, II ao impor aos maiores de 70 anos o regime da separação de bens no casamento, sem qualquer aferição de possível incapacidade, incorre em inconstitucionalidade por vício material, pois nitidamente vulnera o Direito Fundamental à Igualdade e assim afasta o princípio da Isonomia (art. 3º, IV e art. 5º, *caput*) ao tratar de forma discriminatória e desigual pessoas em situações idênticas, ou ao tratar de forma igual, pessoas em situações diferentes. Nesse sentido, trata o idoso maior de 70 anos, capaz ou incapaz, da mesma forma; ou ainda, trata o maior de 70 anos capaz, diferentemente, do capaz de até 70 anos.

A CRFB/88 reconhece a união estável como entidade familiar, tal qual o casamento, merecedora da especial proteção estatal, e que deve a lei facilitar a sua conversão para o casamento, conforme o art. 226, *caput* e §3º (MARTINS, 2015, p. 101). Assim sendo, o art. 1.641, II, também incorre em discriminação ao impor o regime da separação apenas para o casamento, visto que o maior de 70 anos que opte pela união estável, poderá livremente escolher o regime de bens que quiser. E vai na contramão do art. 226 §3º, por dificultar ao invés de facilitar, a conversão da união estável em casamento, na hipótese do maior de 70 anos querer casar por outro regime diferente da separação legal. Na impossibilidade de casar pelo regime desejado, permanecerá em união estável. Diante disso, a norma analisada também se mostra inconstitucional por vício material ao ir de encontro ao regramento do art. 226 §3º da CRFB/88.

A norma altercada mitiga o Direito Fundamental à Liberdade ao tolher, o poder de escolha quanto ao regime de bens, ou a autonomia de constituir a família

no tipo e forma desejados, afrontando o princípio da liberdade, que no Direito de Família implica, entre outras coisas, autonomia para livremente criar, modificar ou dissolver a entidade familiar, e ainda, poder alterar o regime de bens na vigência da união. Nesses termos, revela-se inconstitucional por vício material, ao colidir com o disposto no art. 3º, I e art. 5º, *caput*, vulnerar o Direito Fundamental à Liberdade, e assim, atingir e comprometer o princípio da Liberdade.

Há que se observar visível comprometimento ao Direito Fundamental à Propriedade, previsto no art. 5º, *caput*. Ao titular desse Direito confere-se a faculdade de poder usar, fruir e dispor dos seus bens, desde que atendidas a sua função social, nos termos do inciso XXIII (MARTINS, 2015, p. 16). Não pende dúvida que a norma em contenda, ao impor o regime da separação legal, tolhe o exercício do Direito Fundamental à Propriedade, no que diz respeito ao seu elemento disposição. Visto impedir que o maior de 70 anos possa optar por um outro regime no qual a comunhão dos seus bens seja possível. Desse modo, a norma em estudo apresenta-se em flagrante inconstitucionalidade material, por violar o Direito Fundamental à Propriedade, em desalinho com o disposto no art. 5º, *caput*.

O Direito de Família congrega, em sua grande maioria, normas de Direito Privado. Constituir família e combinar o regramento dos aspectos patrimoniais da entidade familiar são nitidamente decisões de natureza privada. A escolha quanto ao regime de bens é um direito patrimonial necessariamente disponível. Com a personalização do Direito Civil a partir da CRFB/88, deslocou-se o foco dos aspectos patrimoniais para os aspectos humanos, e nessa mudança, consolidou-se a tendência a uma intervenção mínima do Estado no Direito de Família, de certa forma a concretizar, a previsão do art. 5º, X (MARTINS, 2015, p. 16), de entre outras coisas, garantir-se a inviolabilidade da vida privada. Em razão dessas colocações, não há dúvida que a norma controvertida expressa uma indesejável intervenção do Estado na vida privada das pessoas, por de forma preconceituosa, discriminatória e desnecessária, invadir seara pessoal, cercear Direitos Fundamentais e impor norma indubitavelmente inconstitucional, por também violar o disposto no referido art. 5º, X.

Ao limitar a efetividade dos Direitos Fundamentais à Liberdade (no sentido de autonomia privada), à Igualdade (pela discriminação em razão da idade, e pelo preconceito de entender o idoso como incapaz), à Propriedade (por impedir sua livre disposição) e à Inviolabilidade da Vida Privada, a norma combatida compromete a

própria Dignidade da Pessoa Humana, intimamente sintonizada com a autonomia, com a autodeterminação e com a racionalidade das pessoas. A implicar nítida inconstitucionalidade material por agredir o art. 1º, III e assim afastar a prevalência do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por todas essas manifestações de inconstitucionalidade por vício material, o referido art. 1.641, II urge ser revogado.

A seguir será aferida a sua compatibilidade normativa com o próprio CC/2002.

6.3 Com o Código Civil de 2002

A partir de uma breve análise dos artigos 3º e 4º do CC/2002 (BRASIL, 2016), pode-se concluir que a capacidade civil plena inicia-se aos 18 anos e prolonga-se por toda a vida, a menos que possam ocorrer algumas das hipóteses dos incisos II a IV do art. 4º. Nesse sentido, as pessoas acima de 70 anos não podem *a priori*, mesmo que em razão de Lei, serem consideradas incapazes, até mesmo porque o código não estabelece ser idade avançada, por si só, critério definidor de incapacidade:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

A norma combatida, ao impedir que o maior de 70 anos possa escolher o regime de bens do seu casamento, trata-o efetivamente como incapaz, unicamente em razão da idade, e dessa forma apresenta-se incompatível com o próprio código.

O art. 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” (BRASIL, 2016), em perfeita sintonia com a inviolabilidade da vida privada (art. 5º, X, CRFB/88) e com o princípio da intervenção mínima do Estado na família, contrapõe-se frontalmente à norma

enfrentada, que configura uma intervenção preconceituosa, discriminatória e desarrazoada do Estado nas relações entre particulares atinentes à destinação de direito patrimonial disponível, quando da constituição de entidade familiar. Nestes termos, portanto, também incompatível o art. 1.641, II, com o próprio código civil.

A norma ínsita no art. 1.641, II configura uma espécie de incapacidade definitiva, pois uma vez maior de 70 anos, sempre maior de 70 anos. E além de impossibilitar a escolha do regime a vigorar na entidade familiar, seja ele previsto ou não no código, também inadmite alterá-lo de comum acordo, resguardado direito de terceiros, a partir de um pedido motivado apresentado em juízo. Assim sendo, colide com o art. 1.639, *caput*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprover.” (BRASIL, 2016), com o art. 1.640, parágrafo único: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula. [...]” (BRASIL, 2016), e também com o art. 1.639, §2º: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.” (BRASIL, 2016).

Consideradas essas ponderações, pode-se concluir que a norma analisada mostra-se incompatível com dispositivos da parte geral e da parte especial do CC/2002, e nesse sentido deve ser afastada para que seja mantida a coerência normativa. Principalmente porque, as normas em cotejo, diferentemente dela, mostram-se em perfeito alinhamento aos princípios informadores do Direito de Família, inclusive aqueles de âmbito constitucional.

Em razão da sua aplicação às pessoas idosas, faz-se necessário analisá-la frente à legislação especial protetiva: O Estatuto do Idoso.

6.4 Com o Estatuto do Idoso

Inicialmente importa deixar claro, que à luz da CRFB/88 e do detalhamento das suas determinações na Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o idoso deve ser visto como uma Pessoa Humana, dotada de Dignidade, e, portanto, um Sujeito Titular de Direitos e Garantias Fundamentais, e não, um mero Objeto a merecer Especial Proteção do Estado. Idoso é Pessoa com Direitos, não Objeto de Proteção.

Isso posto, o Estatuto em sintonia com a CRFB/88, atribui a eles todos os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana, e vai além, ao também conferir-lhes uma proteção integral diferenciada, conforme estabelece o seu art. 2º:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003). (Grifo nosso).

Essa proteção diferenciada pode ser sintetizada em duas dimensões. Uma protetiva, quando estabelece os atores responsáveis por sua implementação: a família, a comunidade, a sociedade e o próprio Estado enquanto Poder Público. E uma concretizadora, ao elencar direitos a serem conferidos e viabilizados para uma participação mais efetiva do idoso no contexto social. Nesses termos o art. 3º:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

[...] IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; [...] (BRASIL, 2003).

Por óbvio, essa proteção diferenciada não pode admitir qualquer possibilidade de discriminação, e muito menos de opressão ou violência contra o idoso, seja por ação, ou por omissão, de quem quer que seja. Cabe a todos (qualquer pessoa, família, comunidade, sociedade e Poder Público) o Dever de prevenir e evitar, segundo dispõe o art. 4º:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados. (BRASIL, 2003).

O art. 10 (BRASIL, 2003), como a sintetizar o até aqui visto, reconhece o idoso como sujeito de direitos, assim como a obrigação e mais ainda o Dever, do Estado tutelar a sua liberdade, autonomia e dignidade:

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

§3º **É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, [...].** (Grifo nosso).

A discriminação em razão da idade, é expressamente vedada no art. 27 *caput*. “Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.” (BRASIL, 2003), em sinergia com a Súmula 683 do STF: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.” (BRASIL, 2015, p. 1192).

De forma diametralmente oposta, valoriza-se a maior idade, como critério a sugerir melhor experiência, melhor preparação para o desempenho de atividades, como demonstra o art. 27, parágrafo único: “O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.” (BRASIL, 2003).

A Liberdade do idoso contempla a autonomia de poder constituir, dissolver ou recompor entidade familiar, independentemente da autorização de quem quer que seja, desde que, e como qualquer pessoa, esteja ele no regular exercício de sua capacidade civil. Cabe à Sociedade e ao Estado o Dever de garantir esses Direitos.

De forma lamentável, o Estado através do art. 1.641, II, do CC/2002, ajustado pela Lei 12.344/2010, portanto, posterior ao Estatuto, discrimina o idoso e afronta direitos que por obrigação deveria defender.

Ao impor a separação legal no casamento dos maiores de 70 anos unicamente em razão da idade e sem qualquer aferição quanto à eventual incapacidade, agride frontalmente o Direito Fundamental do idoso à Liberdade, a sua Autonomia Privada e a sua Dignidade enquanto ser humano, e assim viola os artigos 2º, 3º, 4º, 10, *caput* e §3º, e 27.

Registre-se que a proteção conferida pelo Estatuto alcança condutas lesíveis ao patrimônio dos idosos, puníveis de forma grave. Sendo assim, não é razoável o preço a pagar pela restrição imposta, *a priori*, pelo art. 1.641, II, na suposta linha

protetiva ao patrimônio, se disponíveis regramentos como os artigos 106 e 107, dentre outros, a seguir exibidos:

Art. 106. Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 2003).

Art. 107. Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2003).

Por fim, e conforme o entender de Dias (2015, p. 327), a imposição em debate muito longe de revelar-se norma protetiva, configura verdadeira sanção, em flagrante violação ao Estatuto do Idoso:

[...] das hipóteses em que a lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção 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 [...].

6.5 Com o Pacto de São José da Costa Rica

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22/11/1969, e entrou em vigor internacional a partir de 18/07/1978. Em 25/09/1992, o governo brasileiro depositou a carta de adesão e a partir de então entrou a mesma em vigor para o Brasil, nos termos do seu art. 74, parágrafo segundo. Em 22/11/1992, o governo brasileiro veio a promulgá-la por intermédio do Decreto Presidencial n. 678, para efetivamente passar a vigorar.

A presente análise não tem o propósito de esgotar toda a amplitude do Pacto de São José da Costa Rica, mas apenas e brevemente exercitar um controle de convencionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002 tendo-o como paradigma.

Uma leitura do preâmbulo já revela sua nítida motivação, alinhada aos princípios da Liberdade, da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem. De defender os Direitos Essenciais do Homem, inatos à sua condição humana, e, portanto, não derivados do fato de ser nacional de um determinado Estado (MARTINS, 2015, p. 997).

O Direito Fundamental à Igualdade, a sinalizar vedação a qualquer possível forma de discriminação, já aparece consagrado no seu artigo 1º, quando determina que sejam reconhecidos e garantidos, sem qualquer tipo de cerceamento, os Direitos e Liberdades reconhecidos no Pacto convencionado:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção **comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades** nela reconhecidos e a **garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa** que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação alguma**, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas **ou de qualquer outra natureza**, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano**. (MARTINS, 2015, p. 997). (Grifo nosso).

E vem reforçado a partir do reconhecimento previsto no seu artigo 3º, de que: “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.” (MARTINS, 2015, p. 998).

Essa discriminação também se faz inequívoca quando considerada a literalidade do artigo 17. 2 que expressamente refere, não poderem as leis internas de cada Estado parte, responsáveis pelo regramento do casamento, afetar o princípio da não-discriminação insito neste Pacto:

Artigo 17 - Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. **É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento** e de fundarem uma família, **se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção**.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o consentimento livre e pleno dos contraentes. [...]. (MARTINS, 2015, p. 1000). (Grifo nosso).

Resta claro que o art. 1.641, II do CC/2002, ao impedir que o maior de 70 anos sem qualquer comprometimento em sua capacidade civil, possa escolher o regime de bens que lhe aprouver, impõe nítida discriminação em razão da idade, de modo a violar a convenção disposta nos artigos 1º e 17. 2 deste Pacto, e assim incorrer em vício de inconvenção.

Ainda no mesmo artigo 17. 3, visto acima, não há como imaginar, diante da imposição referida pela norma em estudo, possa existir consentimento livre e pleno

dos cônjuges. Quem se vê compelido a acatar determinada imposição, com a qual não concorde, por ser a única possibilidade de poder vir a casar, sofre discriminação e tem agredido os seus direitos fundamentais, e à luz do Pacto em estudo, participa de um casamento que não poderia ser celebrado.

O reconhecimento e a proteção à Dignidade da Pessoa Humana vem previsto no artigo 11 do Pacto, que não admite qualquer possibilidade de ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada da pessoa, ou da família, e que cabe à lei combater tais abusos:

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. **Toda pessoa tem direito** ao respeito da sua honra e **ao reconhecimento de sua dignidade.**
2. **Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada**, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. **Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências** ou tais ofensas. (MARTINS, 2015, p. 999). (Grifo nosso).

Causa espécie o fato de a lei que deveria conferir proteção à dignidade da pessoa, seja ela própria, o veículo da agressão que deveria combater. A norma confrontada nessa análise, ao impedir que o maior de 70 anos possa escolher o regime de bens que entender mais conveniente para o seu casamento, atinge-o duplamente: tolhe o seu Direito Fundamental à Liberdade de poder enquanto pessoa capaz fazer as suas escolhas; e também atinge o Direito Fundamental à Igualdade, no seu sentido material ou substancial, por poder tratar de forma igual, pessoas em condições desiguais. Como por exemplo, idosos com plena capacidade civil e outros com alguma incapacidade. Ou ainda, idosos com patrimônio substancial e outros até com patrimônio inferior ao do futuro cônjuge.

Esse duplo ataque à liberdade e à igualdade deságua em agressão à dignidade da pessoa humana, protegida pelo artigo 11 deste Pacto, de modo a inquirar de nulidade, por vício de inconvenção (desconformidade com a convenção firmada no Pacto), o art. 1.641, II, do CC/2002.

Em razão da análise proferida, não pende a menor dúvida de que a norma enfrentada padece de vício de inconvenção e, portanto, deve ser afastada do mundo jurídico.

Por fim, cumpre alertar às pessoas insatisfeitas com a referida norma, que ao procurarem o Poder Judiciário, esgotarem todas as possibilidades recursais, e mesmo assim não conseguirem afastar a sua aplicação. Ainda restará a possibilidade, caso mantenham-se irredidas, de apresentarem petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme a previsão do artigo 44, e nos termos do artigo 46 e seguintes deste Pacto, para assim arguirem a inconvencionalidade da norma, e pleitearem a sua revogação:

Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, **pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.** (MARTINS, 2015, p. 1004). (Grifo nosso).

6.6 Com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Inicialmente cumpre destacar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas em 16/12/1966. Teve o seu texto aprovado no Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 226 de 12/12/1991, e a sua Carta de Adesão depositada em 24/01/1992, de modo a entrar em vigor para o Brasil em 24/04/1992 na forma prevista no seu art. 49, §2º. O governo brasileiro veio a promulgá-lo por intermédio do Decreto Presidencial n. 592 de 06/07/1992, que em seu art. 1º estabelece: “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.” (MARTINS, 2015, p. 988). Como visto, de 16/12/1966 a 06/07/1992, longo foi o caminho percorrido até a sua entrada em vigor efetivamente, já sob a égide da CRFB/88.

Uma breve análise do seu preâmbulo já revela a importância conferida à Dignidade da Pessoa Humana e aos Direitos Fundamentais inalienáveis do ser humano dela decorrentes, como fundamentos da liberdade, da justiça e da paz mundial. (MARTINS, 2015, p. 989).

A consagração do princípio da igualdade é manifestada pela vedação a qualquer possível tipo de discriminação (por idade, inclusive) que possa implicar violação a direitos reconhecidos pelo Pacto. Nesse sentido, a previsão do seu artigo 2, 1:

ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto **comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos** que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, **sem discriminação alguma** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento **ou qualquer condição**.

[...] (MARTINS, 2015, p. 989). (Grifo nosso).

E ainda o seu artigo 26 que não só reitera a vedação a qualquer possível tipo de discriminação, como vai mais além, ao afirmar que a própria lei não só deve proibir qualquer tratamento discriminatório, como deve garantir a todas as pessoas eficaz e idêntica proteção contra qualquer possível manifestação nesse sentido:

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação** alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá **proibir** qualquer forma de discriminação **e garantir** a todas as pessoas **proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento **ou qualquer outra situação**. (MARTINS, 2015, p. 992) (Grifo nosso).

Resta claro, portanto, que qualquer discriminação por idade, a exemplo da disposta no art. 1.641, II, do CC/2002, que implique violação ao pleno exercício do direito de escolher a forma como será regido o patrimônio dos iguais cônjuges na união conjugal, respeitados os interesses de eventuais terceiros interessados, configura nítida violação aos artigos 2 e 26 acima referidos, a merecer imediata e total revogação, em razão do vício de inconveniência. Inadmissível que a lei destinada a proibir qualquer tipo de discriminação, e a proteger de forma igual e eficaz qualquer possível tentativa ou ocorrência nesse sentido, venha ela própria concretizar aquilo que deve evitar e combater.

Ao referir-se sobre a família em seu artigo 23, reconhecendo-a como elemento fundamental da sociedade e, portanto, credora do direito de ser protegida, tanto por esta quanto pelo Estado, e reconhecer o direito de homem e mulher contrair casamento e constituir entidade familiar. Deixou clara sua posição alinhada ao princípio da liberdade e da autonomia privada, ao consagrar que o casamento só será celebrado com o consentimento livre e pleno dos futuros esposos, sem aludir qualquer possível tipo de restrição legal, que de alguma forma pudesse tolher essa autonomia, e muito menos impor alguma espécie de discriminação:

ARTIGO 23

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.
3. **Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.** [...]. (MARTINS, 2015, p. 992). (Grifo nosso).

Como visto, na hipótese do idoso maior de 70 anos desejar algum outro tipo de regime de bens para o seu casamento, diferente da separação de bens. A imposição prevista no art. 1.641, II do CC/2002, por limitar a sua autonomia privada e comprometer o seu livre e pleno consentimento. Incorre em vício de inconvenção por violar frontalmente o disposto no referido artigo 23, e, portanto, deve ser revogada.

O combate a qualquer possível tipo de violação ao Direito Humano Fundamental à Liberdade, no sentido de autonomia privada, também encontra reforço na locução do artigo 5, 2, do Pacto, que deixa claro não ser admitida qualquer restrição a Direitos Humanos Fundamentais em virtude de lei. Nem mesmo sob o possível pretexto de que esse Pacto, de alguma forma não os reconheça, ou os reconheça em menor grau. O que certamente não ocorre, em razão da sua nítida posição em reconhecê-los e protegê-los:

ARTIGO 5

[...]

2. **Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais** reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto **em virtude de leis**, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. (MARTINS, 2015, p. 984). (Grifo nosso).

Não há a menor dúvida que a proibição imposta ao maior de 70 anos, de poder escolher o regime de bens do seu casamento, configura nítida violação ao princípio da autonomia privada, uma vez que a decisão de casar ou viver em união estável, e de que forma reger as questões de ordem patrimonial dessa comunhão de vida é de âmbito exclusivamente pessoal, e como tal, deve ser rigorosamente respeitada, desde que não atinja interesses individuais de terceiros. Dessa maneira, qualquer ingerência legal, mesmo que sob a nobre alegação de estar a proteger a dignidade do próprio idoso, configura inaceitável intromissão nos limites da sua vida privada, vedada pelo artigo 17, do Pacto:

ARTIGO 17

1. **Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada**, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas. (MARTINS, 2015, p. 991). (Grifo nosso).

Diante dessas considerações, percebe-se claramente que a norma combatida (art. 1.641, II do CC/2002) padece de vício de inconvenção com relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e, portanto, precisa ter afastada a sua aplicabilidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma perspectiva histórico normativa, buscou-se analisar a norma impositiva do regime da separação de bens no casamento de pessoas idosas maiores de 70 anos, projetada, inclusive, para os cenários das várias entidades familiares reconhecidas pela CRFB/88, de modo alinhado aos aspectos contemporâneos de um Direito de Família Constitucional.

Foram abordadas as principais características do Direito de Família pré e pós a CRFB/88, seus princípios norteadores mais afeitos ao tema, os regimes de bens, a atual posição do idoso na sociedade, variados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, contra e a favor da norma enfrentada, além da movimentação legislativa em curso.

Da análise da compatibilidade normativa conclui-se que a referida imposição apresenta-se incompatível com os diplomas infraconstitucionais - CC/2002 e Estatuto do Idoso -, inconstitucional em relação à CRFB/88 e distante da convencionalidade exigida em relação aos Pactos Internacionais analisados.

Mostra-se claramente inconstitucional por violar os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade no sentido de Autonomia Privada da pessoa capaz, da Isonomia, além de refletir essas violações no Direito de Família ao atingir os princípios da Proteção aos Idosos e da Intervenção Mínima do Estado na Família.

Contraria o CC/2002 quando inova negativamente ao criar uma espécie de incapacidade, incompatível com a lógica do próprio Código, que de forma precisa, dispõe ser o maior de 18 anos, independentemente da sua idade, portador de capacidade civil plena para a prática de todos os atos da vida civil. E ainda traz a previsão, alinhada ao Código de Processo Civil, de institutos protetivos, como a Interdição e a Curatela, a serem buscados a partir de procedimento judicial próprio, com contraditório e ampla participação das partes envolvidas, a evitar qualquer possível forma de cerceamento da liberdade sem que exista um devido processo legal.

Viola flagrantemente o Estatuto do Idoso ao impor inaceitável discriminação limitadora de sua autonomia, impedindo-o de dignamente proceder as suas escolhas.

Dentro da perspectiva de um Controle de Convencionalidade, a norma analisada mostra-se incompatível com os Pactos analisados, notadamente por violar a Dignidade da Pessoa Humana a partir da inobservância dos artigos apontados na análise procedida.

Estariam incompletas essas considerações finais, se não fossem apontadas, para as pessoas eventualmente atingidas pelos efeitos dessa norma, sugestões de como proceder diante de possível irresignação.

Até que essa norma seja formalmente revogada, o norte está no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (MARTINS, 2015, p. 18), quando estabelece que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, o caminho a seguir é recorrer ao Poder Judiciário, e em ação própria; solicitar o provimento de livre escolha do regime de bens a ser aplicado à entidade familiar em formação, ou até mesmo a alteração do regime da separação obrigatória imposto à entidade familiar pela norma discutida; a partir da arguição incidental de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Cumprir lembrar que eventual existência de anterior ação semelhante, no mesmo Tribunal, não implica, necessariamente, desnecessidade de ingresso da ação sugerida. Pelo fato de em regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, dizerem respeito unicamente às partes envolvidas, sem se estender para além dos limites da lide e assim poder beneficiar outras pessoas. Conforme demonstrado anteriormente, e exemplificado através do incidente de inconstitucionalidade suscitado no TJSE, essa via, muito mais que mera sugestão, é exemplo da mais pura realidade.

Na hipótese de não ser obtido sucesso no combate à norma contestada, esgotadas todas as possibilidades junto ao Poder Judiciário brasileiro, ainda restará a alternativa de buscar amparo à pretensão, mediante a formalização de denúncia, atinente ao descumprimento de disposições previstas no Pacto de São José da Costa Rica, notadamente, a flagrante violação ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana Idosa. Essa denúncia deverá ser encaminhada através de simples petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do art. 44, do referido Pacto, anteriormente analisado.

Por todo o exposto, não pende a mais mínima dúvida quanto à necessidade de revogação do art. 1.641, II do CC/2002. Em razão da sua flagrante inconstitucionalidade, da sua incompatibilidade com o próprio CC/2002 e com o Estatuto do Idoso, e também pela inobservância da convencionalidade necessária, com os Pactos de Direito Internacional analisados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993, p. 12-14.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzon Valdês. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92.

ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado**. São Paulo: Método, 2005. p. 838-839.

ARARIPE, Tristão de Alencar. **CODIGO CIVIL BRAZILEIRO ou LEIS CIVIS DO BRAZIL**: dispostas por ordem de matérias em seu estado actual. RIO DE JANEIRO: H. LAEMMERT & C., 1885. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/41840/PDF/41840.pdf#search='codigo+civil+Código+Civil'>>. Acesso em 18/03/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Dezembro de 2010. Mimeografado.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1945, v. II.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. **Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, fev./mar, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 108/2007 de 12/02/2007**. Autor: Dep. SOLANGE AMARAL. Convertido em: Lei n. 12.344/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=715487C81CC83C035FFDFF90CC4606A7.node1?codteor=479738&filename=Avulso+-PL+108/2007>. Acesso em 07/04/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 189/2015 de 04/02/2015**. Autor: Dep. CLEBER VERDE. Em Tramitação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1340454.pdf>>. Acesso em 07/04/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL n. 2.285/2007 de 25/10/2007**. Autor: Dep. SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO. Em Tramitação. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/517043.pdf>>. Acesso em 07/04/2016.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Lei n. 3.071 de 1º de Janeiro de 1916** – Publicação Original. DF: Congresso Nacional, 1916. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 13/03/2016.

BRASIL. **Decreto n. 3.725 de 4 de Dezembro de 1919**. Faz diversas correções no Código Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Coleção de Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 1919. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL3725.htm>. Acesso em 13/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 6.515 de 26 de Dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de Dez. 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 13/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 9.278 de 10 de Maio de 1996.** Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 9.868 de 10 de Novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 10.741 de 1º de Outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 29/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 11.924 de 17 de Abril de 2009.** Altera o art. 57 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 12.344 de 9 de Dezembro de 2010.** Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 13.010 de 26 de Junho de 2014.** Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de Março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 27/03/2016.

BRASIL. **PROJECTO DO CÓDIGO CIVIL BRAZILEIRO EM 1889.** PORTO, Pt.: IMPRENSA COMMERCIAL, 1906. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/54290/PDF/54290.pdf#search='codigo civil código Código Civil'>>. Acesso em: 11/03/2016.

BRASIL. Senado Federal. **PLS n. 209/2006 de 06/07/2006.** Autor: Sen. JOSÉ MARANHÃO. Arquivado em: 07/01/2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45786&tp=1>>. Acesso em 07/04/2016.

BRASIL. **STF, EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 567.164-0 MINAS GERAIS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª Turma, j. 18.08.2009, DJe n. 171 de 11/092009.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602396>>. Acesso em 24/03/2016.

BRASIL. **STJ, RECURSO ESPECIAL n. 260.462 - PARANÁ (2000/0051074-2), Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma, j. 04.12.2000, Dje. 15.12.2000.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4585105&num_registro=200000510742&data=20001215&formato=PDF>. Acesso em 06/04/2016.

BRASIL. **STJ, RECURSO ESPECIAL n. 514.350 - SP (2003/0020955-3), Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4.ª Turma, j. 28.04.2009, Dje. 25.05.2009.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=877545&num_registro=200300209553&data=20090525&formato=PDF>. Acesso em 24/03/2016.

BRASIL. **STJ, RECURSO ESPECIAL n. 1.026.981 – RJ (2008/0025171-7), Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3.ª Turma, j. 04.02.2010, Dje. 23.02.2010.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=941637&num_registro=200800251717&data=20100223&formato=PDF>. Acesso em 17/03/2016.

BRASIL. **STJ, RECURSO ESPECIAL n. 1.090.722 – SP (2008/0207350-2), Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3.ª Turma, j. 02.03.2010, Dje. 30.08.2010.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5969419&num_registro=200802073502&data=20100830&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 06/04/2016.

CAMARANO, Ana Amélia. **1840 Texto para Discussão - ESTATUTO DO IDOSO: AVANÇOS COM CONTRADIÇÕES.** IPEA. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/TDs/td_1840.pdf>. Acesso em: 21/04/2016.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. **O regime patrimonial entre os cônjuges nos países do Mercosul e do Chile e a harmonização legislativa**. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1626/o-regime-patrimonial-entre-os-conjuges-nos-paises-do-mercosul-e-no-chile-e-a-harmonizacao-legislativa>>. Acesso em: 12/04/2016.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 6. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. Volume 5: Direito de Família 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ERVATTI, Leila Regina (org.); BORGES, Gabriel Mendes (org.); JARDIM, Antonio de Ponte (org.). **ESTUDOS & ANÁLISES – Informação Demográfica e Socioeconômica 3 – Mudança Demográfica no Brasil no Início do Século XXI – Subsídios para as Projeções da População**. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro: 2015. ISBN 978-85-240-4344-4. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>>. Acesso em: 21/04/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**, volume 6. 7.^a ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 6**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2014**. Brasília (DF): Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; 2014. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>. Acesso em 19\05\2015.

JACINTO, Paulo de Andrade; RIBEIRO, Eduardo Pontual. **CRESCIMENTO E ENVELHECIMENTO POPULACIONAL BRASILEIRO: MENOS TRABALHADORES E TRABALHADORES MAIS PRODUTIVOS?**. In: **pesquisa e planejamento econômico | ppe | v. 45 | n. 2 | ago. 2015**. IPEA. 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5167/1/PPE_v45_n02_Crescimento.pdf>. Acesso em: 21/04/2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, P. **Colisão de direitos fundamentais nas relações de família**. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25362/colisao-de-direitos-fundamentais-nas-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 9\03\2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 191-224.

MARTINS, Flávia Bahia. **Vade Mecum Constitucional e Humanos**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Recife, PE: Armador, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral Do Controle De Convencionalidade No Direito Brasileiro**. In: Revista da AJURIS. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA. PALESTRAS E CONFERÊNCIAS. PONTO DE VISTA. ANO XXXVI – n. 113. MARÇO DE 2009. Porto Alegre: AJURIS, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 17. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev., e atual. até a EC 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. V.8. Campinas: Bookseller, 2000, p. 359.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PELUSO, Cezar (coord.); e vários autores. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**: Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. (Resolução n. 007/2001 PPGD e n. 31/2004 CEPE). Curitiba: UFPR, 2004. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 31/03/2016.

RIO DE JANEIRO. Ministério da Educação e Saúde. **OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA**. Vol. XXIX. 1902. Tomo I: Parecer Sobre a Redação do Código Civil, 1949. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/5338/PDF/5338.pdf#search='código o civil Código Civil'](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/5338/PDF/5338.pdf#search='código%20de%20civil%20Código%20Civil')>. Acesso em 09/04/2016.

SANTOS, Michel Carlos Rocha. **O idoso e o regime de bens no casamento**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2357, 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14009>>. Acesso em 12/04/2016.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 007.512-4, São José do Rio Preto - 2.ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Antônio Cezar Peluso, julgado em: 18.08.1998**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do>>. Acesso em 06/04/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Acórdão n. 201011738**. Processo n. 2010107802. **Incidente de Inconstitucionalidade n. 0003/2010**. Relator: José dos Anjos (Juiz Convocado). Julgado em: 17/11/2010. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio_bkp.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numAcordao=201011738&wi.redirect=BRE65EGPF3K762YBVGXX>. Acesso em: 30/03/2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. **Da (in)constitucionalidade do inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil frente aos princípios constitucionais pátrios**. 2014. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2014/01/inconstitucionalidade-inciso-ii-artigo-1-641-codigo-civil-principios-constitucionais-patrios/>>. Acesso em: 12/04/2016.

VELOSO, Zeno. **Regimes Matrimoniais de Bens**. 2008. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf> Acesso em: 11/04/2016.