

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE BENS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF THE OBLIGATORY SEPARATION GOODS REGIME ON OVER 70 YEARS OF AGE

João Marcos Soares Batista¹
Mariana Nascimento Santana Lelis²

56

Resumo: No ordenamento jurídico brasileiro atual, o legislador arbitra o regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos de idade, independentemente de sexo ou qualquer outro aspecto subjetivo. Por outro lado, é cediço que a Constituição Federal, consoante direitos e garantias fundamentais, preza pelo princípio da isonomia, especialmente no caput do artigo 5º do qual tipifica que todos são iguais perante a lei em quaisquer circunstâncias. Posto isso, e, considerando a ascendência da expectativa de vida, o cidadão com essa faixa etária usa e goza de todos os seus direitos ante sua capacidade civil, porém o legislador impôs este ônus a fim de resguardar o patrimônio do indivíduo que possui mais de 70 anos de idade, e, por consequência, feriu a Carta Magna de 1988.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Idoso. Isonomia. Regime de bens.

Abstract: In the current Brazilian legal system, the legislator arbitrates the regime of mandatory separation of assets for those over 70 years of age, regardless of sex or any other subjective aspect. On the other hand, it is true that the Federal Constitution, according to fundamental rights and guarantees, values the principle of isonomy, especially in the caput of Article 5, which states that everyone is equal before the law in any circumstances. That said, and, considering the ascendancy of life expectancy, citizens with this age group use and enjoy all their rights before their civil capacity, but the legislator imposed this burden in order to safeguard the assets of the individual who has more than 70 years of age, and consequently injured the 1988 Magna Letter.

Keywords: Unconstitutionality. Old man. Isonomy. Property regime.

¹ Aluno do 9º período do curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas- FINOM. E-mail: joaomarcos_ptu@hotmail.com

² Pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV RJ, Professora das disciplinas de Direito Civil e Direito Processual Civil. E-mail: mariananascimentosantana@outlook.com

Recebido em 20/02/2020
Aprovado em 30/03/2020

1 INTRODUÇÃO

O Casamento é a união voluntária entre duas pessoas que desejam constituir uma família, formando um vínculo conjugal que está baseado nas condições dispostas pelo Direito Civil, conforme discorre o dicionário brasileiro. Desta forma, quando se fala em casamento, é recorrente lembrar do matrimônio e do regime de bens, visto que o negócio jurídico casamento impactará o patrimônio dos nubentes.

Quando se faz menção à família, é inevitável não atrelar à recursos financeiros para prover o sustento da casa e cumprir com obrigações no plano econômico, tais como: pagamento de despesas, manutenção do lar, lazer e outras mais.

Desta maneira, o casamento pode ser comparado de certa forma como uma empresa, pois possui direitos e obrigações, e especialmente obrigações financeiras, das quais os cônjuges exercem atividades laborais para poder conquistar uma estabilidade financeira, moral e ética frente ao meio social em que está inserido.

Nesse sentido, é imprescindível a existência de um regime de bens para regulamentar o patrimônio dos cônjuges que advieram do matrimônio, e para não haver uma confusão com os bens adquiridos antes do casamento. O regime de bens, sendo assim, é consequência do casamento e não existe casamento sem um regime patrimonial determinado.

Conforme o artigo 1.639 do Código Civil Brasileiro de 2.002, os cônjuges possuem total liberdade para escolher o regime de bens, quais são: comunhão universal, comunhão parcial, separação e participação final nos aquestos, ou ainda podem fundir esses regimes de bens, ou até mesmo criar um novo, desde que não haja má-fé neste novo regime ou contrarie os bons costumes. Vale ainda ressaltar que, na ausência do pacto antenupcial, o regime de bens será o de comunhão parcial, que atualmente funciona como o regime legal.

Vejamos então o que está previsto no artigo 1.639 do Código Civil de 2002:

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 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.

Art. 1.640 do Código Civil de 2.002:

Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

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.

Por outro lado, em algumas hipóteses a lei impõe o regime de separação obrigatória de bens, excluindo assim o princípio da autonomia da vontade, deixando de lado, assim, o princípio da liberdade e da isonomia ante a imposição legal.

Nesse sentido, o presente artigo tem a finalidade de analisar o regime de separação obrigatória de bens em relação aos maiores de 70 anos de idade, consoante artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro de 2.002 à luz dos princípios constitucionais como isonomia, igualdade e liberdade.

Está tipificado no art. 1.641 do Código Civil de 2.002:

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;~~
(Revogado)

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Além disso, analisar-se-á o aumento da expectativa de vida do brasileiro e o maior número de cidadãos que essa imposição irá atingir em toda a sociedade, tornando então este antagonismo: Lei X princípios e realidade, demasiadamente atual ante ao cenário social.

Frisa-se também que a Lei 12.344/2010 alterou essa tipificação. Antes, o regime de separação de bens que era obrigatório aos maiores de 60 anos de idade, passou então a ser obrigatório aos maiores de 70 anos de idade, face à melhoria da qualidade de vida no Brasil e consequente aumento da expectativa de vida da população nacional.

2 O AUMENTO DA EXPECTATIVA DE VIDA NO BRASIL

Tendo em vista o avanço da medicina, dos medicamentos e de todo o ramo da saúde física e mental, o aumento da expectativa de vida é apenas uma consequência no cenário social atual. Estes números podem ser vistos em todo o mundo atualmente, e em especial nos países mais desenvolvidos, e, cada vez mais em países que estão em processo de desenvolvimento - a exemplo do Brasil.

Hoje, apesar da população nacional ser predominantemente jovem, o número de idosos vem crescendo bastante segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em 2007, o número de idosos no país era de 17,4 milhões. Dez anos depois, ou seja, em 2017, esse número cresceu para 26 milhões. Desta forma, tendo em base que a população atual do país segundo o IBGE é de 207 milhões, mais de 17% da população atualmente são idosos.

Ademais, é importante mencionar que este número só tende a crescer cada vez mais, conforme previsões dos especialistas. Para 2027, a expectativa é que 37,9 milhões de pessoas sejam idosos no Brasil.

Mais importante do que chegar à terceira idade, é ter também saúde e possuir plenas condições físicas e psicológicas para viver. Consubstanciando isso, a expectativa de vida segundo pesquisa do IBGE em 2015 que era de 75,5 anos de idade, passou a ser de 75,8 anos. Desde 1940 até 2016, essa expectativa de vida aumentou 30 anos.

Logo, reunindo todos esses dados geográficos e estatísticos, e embasado na melhoria da qualidade de vida dos brasileiros, bem como no crescimento das políticas públicas de saúde e conscientização da população, é evidente que com o decorrer do tempo, a sociedade envelhecerá cada vez mais com qualidade de vida – o que é primordial e necessário.

É mister também aduzir que, apesar de que em algumas vezes existam associações entre o idoso e a incapacidade, essa relação vem se extinguindo com o passar dos anos, pois ainda se vê pessoas da terceira idade exercendo atividades laborais após sua aposentadoria, viajando, estudando e até mesmo praticando atividades físicas, ou seja, estão com a vida cada vez mais ativa.

Diante de tudo que foi exposto, a sociedade, e em especial o legislador não pode fechar seus olhos para a realidade do idoso, seus aspectos subjetivos e atribuí-lo como uma pessoa frágil e inativa no meio social apenas por possuir idade mais avançada.

3 O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS E A ONEROSIDADE

Como é de se observar, o legislador visa buscar o resguardo do nubente da terceira idade quanto a seus bens e fortunas provenientes de sua herança ou conquistas durante a vida.

Tendo uma análise mais detida do caso em tela, a Lei visa afastar o interesse do casamento acerca do patrimônio, e, com isso, preza pela união dos nubentes unicamente pelo ângulo sentimental, amoroso, fiel, compromissado, esperançoso e principalmente afetivo.

Assim leciona o brilhante civilista Sílvio de Salvo Venosa acerca do tema em questão:

Nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciaram no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. (VENOSA, 2011, p. 328).

Parafraseando o Professor Venosa, a suposta preocupação é que alguém mais jovem se enriqueça em virtude de um casamento com uma pessoa que tenha mais de 70 anos, e que, posteriormente, venha a falecer.

Nesse contexto, é notório que o legislador e inúmeros outros doutrinadores enxergam os maiores de 70 anos de idade como frágeis, usando dessa imposição legal a fim de proteger e resguardar sua herança que deixaria unicamente e exclusivamente aos seus herdeiros legítimos.

4 O ANTAGONISMO ENTRE A LEI (IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS) COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, tipifica que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, bem como que no artigo 3º diz que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

E, por fim, porém não menos importante, o artigo 5º que estabelece os direitos e garantias fundamentais, logo em seu caput prevê: “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.” (Constituição Federal, art. 5º caput).

O eminente ministro do STF, Luís Roberto Barroso, subdivide a dignidade da pessoa humana em três vértices, quais sejam: valor intrínseco, autonomia da vontade e valor social da pessoa.

Primeiramente acerca do valor intrínseco, o autor leciona:

É por ter o valor intrínseco da pessoa humana como conteúdo essencial que a dignidade não depende de concessão, não pode ser retirada e não é perdida mesmo diante da conduta individual indigna do seu titular. (BARROSO, 2010, p. 22)

61

Por conseguinte, tem-se a autonomia da vontade, da qual decisões religiosas, ideológicas, profissionais e quaisquer outras são puramente personalíssimas e, havendo violação deste princípio, a dignidade da pessoa humana subsidiariamente é ferida.

E, por fim, o terceiro vértice da dignidade humana diz respeito ao valor comunitário, ou seja, é o valor do qual o indivíduo possui perante a sociedade diante de seus direitos e deveres sociais.

Elencados tais aspectos e elementos do princípio da dignidade da pessoa humana segundo os doutos ensinamentos do ínclito ministro Luís Roberto Barroso, é inevitável não se falar de uma imposição legal inconstitucional no que diz respeito ao regime de separação de bens aos maiores de 70 anos de idade perante o ordenamento jurídico brasileiro, por, principalmente reduzir a autonomia do indivíduo e por conseguinte restringir sua dignidade e liberdade.

Posto isso, e embasado no cenário contemporâneo de mudanças e novos aspectos cotidianos inovadores no que diz respeito à constituição de família, qualquer pessoa deve ter seu direito de livre escolha resguardado.

O notável jurista Rolf Madaleno sobre o tema ensina:

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. Atinge direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores coloca em linha de prioridade o princípio da dignidade da pessoa humana, diretriz que já vinha sendo preconizada pela Súmula n. 377 do STF, ao ordenar a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento, como se estivesse tratando da comunhão parcial de bens. (MADALENO, 2002, p. 223)

Ademais, como é sabido, nenhum princípio e direito constitucional é absoluto. Tendo em vista isso, para que se prevaleça um direito fundamental ou princípio, há que se ater à razoabilidade e proporcionalidade, que, *in casu*, a autonomia da vontade, igualdade e liberdade são mais relevantes do que propriamente a proteção patrimonial do nubente com mais de 70 anos de idade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como elencado neste artigo, essa imposição de regime de bens associa a pessoa com mais de 70 anos de idade à uma incapacidade ou até mesmo à inocência e à falta de discernimento quanto às suas escolhas.

Posto isso, o legislador visa resguardar possíveis heranças e riquezas deste indivíduo, a fim de que o casamento por interesse patrimonial não aconteça, impondo de forma que os nubentes convivam entre si puramente e exclusivamente pelo afeto.

Ademais, como foi esclarecido, este ônus fere princípios constitucionais tais como: dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e liberdade, interferindo assim em preceitos básicos que regem o ordenamento jurídico brasileiro atual.

Tal arbitrariedade vai de encontro com a atual realidade social principalmente no que se refere ao aumento da expectativa de vida e à qualidade de vida que os idosos possuem, na qual as pessoas da terceira idade cada vez dispõem mais de saúde mental e física para suas atividades cotidianas.

Desta forma, é medida que se impõe uma revogação do art. 1.641 por completo, visto que este tipo de norma imperativa restringe a privacidade do nubente em gerir suas vontades e desejos em vida.

Portanto, é evidente que esta imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos de idade não é bem recepcionada no ordenamento jurídico se realizarmos uma análise detida do artigo 1.641 do Código Civil à luz da Constituição Federal, e por consequência, tal ônus deve ser extirpado.

Maria Berenice Dias nos dá um enorme ensinamento no que diz respeito sobre a justiça. Vejamos:

A Justiça não é cega nem surda. Precisa ter os olhos abertos para ver a realidade social e os ouvidos atentos para ouvir o clamor dos que por ela esperam. Mister que os juízes deixem de fazer suas togas de escudos para não

enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados, e não punidos. (DIAS, 2003, p.28)

Fazendo uma análise abrangente, é imperioso mencionar que os juízes e operadores do direito em geral devem deixar cair como letra morta quaisquer dispositivos que não possuem vida ou eficácia no ordenamento jurídico, tomando por base preceitos básicos e basilares os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 (art. 5º), a nossa conhecida “Constituição cidadã”, mormente porque em nossa hierarquia de normas, a Carta Magna deve prevalecer sobre qualquer outro tipo legal ou segunda vontade, de modo que o Supremo Tribunal Federal (STF) deverá sempre resguardá-la.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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, 2010, p. 22).

DIAS, Maria Berenice. **A igualdade desigual**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, nº 2, p. 65. jul./dez. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 187.

Expectativa de vida do brasileiro ao nascer foi de 75,8 anos em 2016, diz IBGE. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-e-de-758-anos-diz-ibge.ghtml>> Acesso em 21 de maio de 2018.

MADALENO, Rolf. **Do regime de bens entre os cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6, p. 328.