



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**MARCELA SILVA DOURADO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA DO ESTADO NO CASAMENTO DE  
IDOSOS**

**BRASÍLIA  
2021**

**MARCELA SILVA DOURADO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA DO ESTADO NO CASAMENTO DE  
IDOSOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Barbosa Musse.

**BRASÍLIA  
2021**

**MARCELA SILVA DOURADO**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TUTELA DO ESTADO NO CASAMENTO DE IDOSOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientadora: Professora Luciana Barbosa Musse

**BRASÍLIA, 06 de outubro de 2021**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professora Orientadora Luciana Barbosa Musse**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## RESUMO

Trata-se de monografia de caráter teórico e documental sobre a obrigatoriedade do regime patrimonial de separação legal de bens aos septuagenários. Far-se-á análise da imposição do regime aos idosos a partir de 70 anos e o conflito normativo entre o preceito constante do artigo 1.641, inciso II do Código Civil e os princípios Constitucionais. Buscar-se-á demonstrar que a tutela do Estado no casamento de idosos com idade a partir de 70 anos infringe a liberdade individual do longo vivo. Estudar-se-á que, na sociedade, os idosos sofrem preconceito ao serem rotulados como inaptos e dependentes e que o processo de envelhecimento não deve ser compreendido de forma singular, uma vez que a senectude não é uma circunstância que causa incapacidade, tendo em vista que os artigos 3º e 4º do Código Civil apresentam rol exaustivo de hipóteses de incapacidade jurídica. Considerar-se-á ainda as regras do direito de família, especialmente no que tange ao casamento, além dos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do instituto da separação legal de bens, em que foram evidenciadas circunstâncias em que não há obrigatoriedade do regime patrimonial de separação legal aos idosos. Serão estudados os efeitos sucessórios da imposição do regime de separação obrigatória de bens. Assim, faz-se necessário entender que a norma visa, supostamente, proteger os idosos de casamentos com viés financeiro, contudo, o Estatuto do Idoso prevê penalidades para situações de negligência, discriminação e violência, inclusive financeira contra os longevos, sendo possível conferir proteção integral aos idosos sem retirar-lhes a autonomia. Ao final vislumbra-se a inconstitucionalidade da norma que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos longevos com idade a partir de 70 anos. A metodologia utilizada foi a de pesquisa nos Planos de Ação Internacional sobre o envelhecimento, nas legislações infraconstitucionais e na Constituição Federal, além de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Idoso; casamento; autonomia; capacidade jurídica; regime de separação obrigatória; discriminação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1 CAPACIDADE JURÍDICA DE IDOSOS E O AGEÍSMO .....</b>	<b>8</b>
1.1 A CAPACIDADE JURÍDICA .....	9
1.2 O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO E O AGEÍSMO .....	10
<b>2 O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS .....</b>	<b>13</b>
2.1 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	14
2.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO EREsp 1.623.858/MG E REsp 1.318.281/PE.....	17
2.3 EFEITOS SUCESSÓRIOS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.....	19
<b>3 A AUTONOMIA PRIVADA E A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO .....</b>	<b>22</b>
3.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ENVELHECIMENTO .....	25
3.2 LEGISLAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E OS CRIMES FINANCEIROS CONTRA OS IDOSOS .....	27
3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS IDOSOS COM IDADE A PARTIR DE 70 ANOS.....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>38</b>

## INTRODUÇÃO

O Código Civil possibilita que os nubentes escolham entre 4 (quatro) regimes de bens, quais sejam, o da participação final dos aquestos, o da comunhão universal, o da comunhão parcial e o da separação convencional de bens. O mesmo diploma prevê ainda o regime de separação obrigatória de bens, que não é escolhido e sim imposto nas circunstâncias previstas em seu artigo 1.641. (BRASIL, 2002).

O instituto da separação obrigatória de bens está previsto no artigo 1.641 do Código Civil de 2002, o qual retira das pessoas, que se encaixam nas hipóteses presentes em seus incisos, a autonomia para escolher o regime que melhor esteja de acordo com o seu matrimônio e planejamento familiar. O inciso I do dispositivo refere-se às pessoas que se casam, mesmo havendo uma causa suspensiva do casamento, hipóteses apresentadas no artigo 1.523 do CC/02. O inciso II trata dos idosos a partir de 70 anos e, por fim, o III dispõe sobre as pessoas que necessitam de suprimento judicial para se casarem. (TARTUCE, 2020, p. 163-164).

A imposição do regime patrimonial de separação legal de bens aos idosos a partir de 70 anos tem como objetivo proteger o patrimônio dos longevos, que podem ser vítimas de matrimônios baseados em interesses financeiros. Neste ponto, será analisada, nesta monografia, a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários segundo os Princípios Constitucionais, tais como, dignidade da pessoa humana, liberdade e isonomia, e com base nas diretrizes dos Planos de Ação Internacional sobre o envelhecimento e ainda, nos preceitos das legislações infraconstitucionais sobre a temática. (GONÇALVES; RICARDONI, 2019, p. 12).

Estudar-se-á se essa norma de fato objetiva proteger o septuagenário contra matrimônios movidos por interesses financeiros, ou se na realidade, a tutela do Estado no casamento desses indivíduos incorre em preconceito contra os idosos, presumindo a incapacidade dos longevos e atentando contra a liberdade individual do septuagenário.

A importância do estudo realizado está na necessidade de manutenção da autonomia dos idosos e de efetividade dos direitos dos longevos, tendo em vista o crescimento exponencial de pessoas idosas no Estado e o aumento da expectativa de vida entre os brasileiros. Contudo, a norma contida no diploma legal cível presta-se à proteção ou à discriminação do idoso?

Tem-se como objetivo desta monografia demonstrar os conflitos entre as normas jurídicas brasileiras, por um lado a norma cível que restringe a autonomia e liberdade individual no casamento de septuagenários, em contrapartida os preceitos da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso que possuem como um dos princípios a manutenção da autonomia dos longevos e ainda as disposições da Constituição Federal alicerçadas nos princípios da dignidade humana, igualdade e liberdade.

Utiliza-se para alcançar o objetivo a metodologia hipotético-dedutiva, com pesquisa teórica documental nos Planos de Ação Internacional sobre o envelhecimento, nas legislações infraconstitucionais, quais sejam, Política Nacional do Idoso e Estatuto do Idoso, bem como na Constituição Federal, além de pesquisa bibliográfica em livros e trabalhos acadêmicos, e ainda por meio da análise da jurisprudência pátria.

No primeiro capítulo serão abordadas as modificações no instituto da capacidade civil realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15, reafirmando que as pessoas ao atingirem a maioridade, ou quando emancipadas, são, em regra, capazes, e a incapacidade somente pode ser declarada em situações excepcionais e previstas no rol taxativo dos artigos 3º e 4º do Código Civil. Assim, cumpre destacar que a senectude não está presente nas circunstâncias expostas nos artigos citados. Discute-se ainda sobre os preconceitos e estereótipos sobre as pessoas idosas.

No segundo capítulo serão tratadas as regras dos regimes de bens, principalmente quanto ao de separação obrigatória, e os entendimentos dos Tribunais quanto às situações em que não há obrigatoriedade de aplicação do regime de separação legal, e ainda sobre a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o casamento. Além dos efeitos sucessórios do regime patrimonial de separação legal, nos quais serão demonstradas hipóteses em que o cônjuge terá direito à herança e direito real de habitação.

No terceiro capítulo serão examinadas as diretrizes presentes nos Planos de Ação Internacional sobre envelhecimento, principalmente no que tange à manutenção da participação e autonomia dos longevos, e no âmbito nacional serão analisadas as leis infraconstitucionais e constitucionais acerca dos direitos dos idosos.

## 1. CAPACIDADE JURÍDICA DE IDOSOS E O AGEÍSMO

A capacidade de direito ou de gozo “é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º do CC)” (TARTUCE, 2020, p. 140), portanto, é possível considerar que a capacidade de direito é absoluta, uma vez que não depende de idade ou qualquer outra circunstância, não sendo passível de limitação de qualquer natureza. (PINHEIRO, 2016, p. 63).

Por outro lado, a capacidade de fato “é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil” (TARTUCE, 2020, p. 140), a qual pode sofrer limitação, diferentemente da capacidade de gozo, uma vez que se trata de aptidão para exercer direitos, contrair obrigações e praticar atos em nome próprio. Nesse sentido, existem pessoas que são completamente capazes de exercer os atos da vida civil sem interferência de um terceiro, enquanto outras necessitam de representação ou assistência, sendo consideradas, portanto, absolutamente ou relativamente incapazes.

O Estatuto das Pessoas com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, modificou drasticamente as hipóteses de incapacidade que estavam previstas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, e desde então os relativamente incapazes são “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.” (BRASIL, 2002). Assim, atualmente, somente os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes. (BRASIL, 2002).

Como é possível observar na redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a senectude não é uma circunstância que causa incapacidade, portanto, em regra, o idoso é plenamente capaz. No entanto, paradoxalmente, o inciso II do artigo 1.641 do mesmo diploma não permite que os longevos escolham o regime de bens de seus matrimônios, visto que impõe a separação obrigatória aos casamentos de indivíduos que possuem 70 (setenta) anos ou mais. (PINHEIRO, 2016, p. 66-67).



## 1.1 A CAPACIDADE JURÍDICA

O doutrinador Flávio Tartuce expõe em sua obra que, o instituto da incapacidade, antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visava proteger, principalmente, os negócios jurídicos e o patrimônio dos indivíduos, portanto, não tinha como razão principal os interesses existenciais das pessoas que se enquadravam em alguma das hipóteses de incapacidade. (TARTUCE, 2020, p. 141).

Anteriormente, os indivíduos que não tinham o necessário discernimento para o exercício dos atos da vida civil ou que eram deficientes mentais, eram considerados absolutamente incapazes, como é possível observar na previsão antiga do artigo 3º do Código Civil.

O inciso I mencionava os menores de dezesseis anos, tidos como *menores impúberes*. O inciso II do art. 3.º expressava os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. Por fim, no inciso III havia a previsão dos que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. (TARTUCE, 2020, p. 142).

Atualmente, com a nova redação dada ao Código Civil, é possível inferir que a capacidade é a regra geral, uma vez que somente o indivíduo que não atingiu a maioridade civil é presumidamente incapaz, isto é, incapacidade absoluta para o menor de 16 anos (art. 3º do CC) e relativa para a pessoa que possui idade entre 16 e 18 anos. (art. 4º do CC).

Cumprido salientar ainda que, uma pessoa que já atingiu a maioridade civil ou que foi emancipada, pode ser considerada relativamente incapaz quando presente alguma das circunstâncias constantes do atual artigo 4º do Código Civil. Contudo, a capacidade plena deste indivíduo somente pode ser afastada em situações extremas e por meio de um processo judicial de interdição, o qual possui diversas formalidades, devido a excepcionalidade e gravidade de uma declaração de incapacidade. (GREIN; WECHINESWSKY, 2019, p. 135).

Nessa cadência, dispõe a lei processual, em seu art. 755, que o Juiz, na sentença que decretar a interdição, fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito, observando, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. O mesmo dispositivo determina, ainda, que a curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. O art. 758 do mesmo diploma legal preceitua, por seu turno, a incumbência dada ao curador de buscar tratamento e apoio apropriados voltados à conquista da autonomia pelo interdito. (PINHEIRO, 2016, p. 69).

Logo, importa destacar que os artigos 3º e 4º do Código Civil apresentam um rol exaustivo de hipóteses de incapacidade, portanto, a capacidade jurídica plena somente pode ser afastada nas circunstâncias previstas nos referidos artigos, não sendo permitida a criação de novas condições, senão por lei. (PINHEIRO, 2016, p. 66).

A pessoa idosa, então, considerando que é ser dotado de personalidade, dada a sua condição humana, ostenta, necessariamente, capacidade de direito e, via de regra, capacidade de fato, não podendo a incapacidade ser presumida pelo simples passar dos anos. Portanto, não se enquadrando o idoso em quaisquer das hipóteses de incapacidade (absoluta ou relativa) descritas no Código Civil, a condição de incapaz não lhe pode ser imposta. (PINHEIRO, 2016, p. 67).

Apesar do exposto, há de se registrar que, o longo tempo pode ser considerado relativamente incapaz quando evidenciado, por meio de um processo de interdição, um quadro de embriaguez habitual, prodigalidade, vício em tóxico ou quando o indivíduo não pode exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente. “Constatou-se, então, que eventual medida de proteção à pessoa idosa não pode ser aplicada ao arrepio da vontade do idoso lúcido.” (PINHEIRO, 2016, p. 168). Nesse sentido, conclui-se que a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos indivíduos com 70 anos ou mais é indevida, uma vez que a velhice, por si só, não é motivo de incapacidade civil.

## 1.2 O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO E O AGEÍSMO

Não obstante as alterações fisiológicas que ocorrem no processo de envelhecimento, um comprometimento biológico não é óbice para que a pessoa idosa continue sendo autônoma, considerando, principalmente, os avanços dos recursos científicos, como a medicina, a nutrologia, dentre outros, que permitem que os longevos continuem sendo autônomos e ativos. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 48).

Se observarmos que uma grande quantidade das pessoas com 60 anos ou mais continua a trabalhar mesmo depois de se aposentar, possui uma vida sexual ativa, está cada vez mais integrada ao universo da informática, participa de vários núcleos sociais de eventos e de atividades, dentre outros exemplos, ficamos a pensar se não seria então a hora de mudar alguns conceitos tão enraizados na coletividade. (VERDI, 2018, p. 56).

Nesse sentido, cumpre salientar que “estas pessoas, apesar de cronologicamente idosas, continuam a agir como cidadãos, com direitos e deveres, com vontades próprias que devem ser respeitadas” (VERDI, 2018, p. 56), portanto, o envelhecimento merece preocupação e respeito, uma vez que as pessoas idosas sofrem com preconceito, ao serem rotuladas como inaptos a exercerem o direito de autonomia.

É possível considerar que os idosos sofrem preconceito, e “neste sentido, uma vez que o preconceito é uma atitude, ele engloba três componentes: um afetivo, um cognitivo e um comportamental.” (TEIXEIRA; SOUZA; MAIA, 2018, p. 132). Portanto, os longevos são tratados com uma atitude aversiva simplesmente por pertencer ao grupo de pessoas idosas que são rotuladas como doentes, incapazes e sem discernimento.

Ao analisarmos a maneira como a velhice é vista nas sociedades contemporâneas, mergulhamos em uma realidade permeada de preconceitos e estereótipos. Nesse sentido, usualmente a imagem do velho é depreciada por vincular-se à improdutividade, declínio, incapacidades, morte, dependência e sofrimentos para o sujeito que lhe envelhece e para os que integram o seu ciclo de convivência. (TEIXEIRA; SOUZA; MAIA, 2018, p. 144)

A partir da percepção que uma pessoa tem sobre a idade de outro indivíduo, são realizadas “inferências sobre suas competências sociais e cognitivas. São exatamente essas inferências que vão determinar o modo como se comportam e o que pensam as pessoas umas em relação às outras” (COUTO, 2010, p. 517), logo, a idade é um guia para as atitudes nas relações interpessoais.

Considerando que o estereótipo do longevo está atrelado à incapacidade, improdutividade e dependência, atitudes como, infantilização do idoso e cuidados excessivos disfarçados de afetuosos, sustentam o ageísmo e discriminam os idosos, visto que tratam esses indivíduos como crianças, impondo a eles a ideia de que não possuem capacidade de discernimento, de pensar criticamente, e tomar decisões importantes da vida. (TEIXEIRA; SOUZA; MAIA, 2018, p. 144).

Assiste-se na contemporaneidade uma equivocada comparação entre infância e velhice e entre o idoso e a figura infantil. Tratar o idoso como uma criança apenas o incapacita de ampliar os seus potenciais, trazendo implicações danosas a seu desenvolvimento. Em situações em que essa infantilização é mais flagrante, os idosos também perdem o direito de ter suas opiniões consideradas. Tais opiniões passam a perder o valor, assemelhando-se às opiniões de uma criança que não tem capacidade de refletir criticamente e opinar sobre assuntos importantes, sobretudo para tomar decisões. (TEIXEIRA; SOUZA; MAIA, 2018, p. 140).

A sociedade e o Estado desqualificam as ações dos idosos antes mesmo de verem a essência de seus atos, e, de acordo com psicólogos, esse preconceito direcionado às pessoas idosas influencia diretamente os longevos na percepção de si mesmos, uma vez que perdem a vontade de continuar desenvolvendo seu intelectual e lutando pela manutenção de sua autonomia. (COUTO, 2010, p. 516).

Nessa perspectiva, importa destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso IV, veda qualquer forma de discriminação por motivo de sexo ou idade, portanto, não se mostra adequada a limitação do direito do idoso de escolher o regime de bens de seu matrimônio, uma vez que sedimenta o preconceito contra essa categoria de pessoas, considerando ainda que essa norma visa proteger o patrimônio desses indivíduos em detrimento de sua dignidade. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 17).

Nesse sentido, a norma que impõe o regime de separação obrigatória de bens aos indivíduos com 70 anos ou mais, amparada em suposta proteção do longo tempo contra casamentos baseados em interesses financeiros, se mostra, na realidade, uma norma de preconceito e não de tutela. (TARTUCE, 2020, p. 164).

Ademais, não parece o melhor critério, a legislação estabelecer um fundamento em relação à idade, na medida em que as pessoas acima de 70 (setenta) anos, embora possam existir certas restrições, estão plenamente capazes de exercer os atos da vida civil, e escolher o regime de bens que lhe aprouver. Insta ressaltar que o Código Civil estipula uma idade mínima de 18 anos para começar os atos da vida civil, inexistindo, porém, uma idade máxima em que esta capacidade civil será cessada. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 17).

Ante o exposto, é necessário afirmar que a autonomia do idoso não pode ser limitada baseada somente na idade, como se a capacidade volitiva e intelectual dessas pessoas fosse reduzida quando atingido 70 (setenta) anos, como se o envelhecimento fosse fator decisório para retirar do indivíduo o direito de se autodeterminar. (GREIN; WECHINEWSKY, 2019, p. 130).

Portanto, a idade não pode ser um parâmetro isolado utilizado para definir o regime de bens do septuagenário, uma vez que se faz necessário, comprovar que de fato, a capacidade intelectual e volitiva das pessoas acima de setenta anos está comprometida para exercer os atos da vida civil. Além disso, essa imposição é tão desarrazoada, à medida que temos como chefe do executivo, uma pessoa com mais de setenta anos, decidindo a vida de um país, mas em contrapartida não possui autonomia para decidir sobre seus próprios bens, caso vier a se casar. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 17).

Na citação acima, o autor se refere ao fato de que o Michel Temer foi presidente da República quando já possuía mais de 70 (setenta) anos, considerando que ele foi o 37º presidente do Brasil, com exercício de 31 de agosto de 2016 até 1º de janeiro de 2019, e no ano de 2021 irá completar 81 (oitenta e um) anos.

Logo, se as pessoas com mais de 70 anos podem tomar decisões que interferem na vida de toda uma população, não se mostra razoável restringir a liberdade dos idosos na escolha do regime de bens, tendo em vista que na sociedade contemporânea os longevos possuem ampla autonomia para praticar atos da vida civil e, inclusive, serem detentores de cargos políticos de alto escalão.

É necessário, portanto, que a sociedade veja a velhice como um fenômeno social, não só como uma etapa marcada por limitações físicas e psíquicas, sendo de suma importância entender que os idosos precisam de ações da população, bem como do Estado no sentido de garantir a autonomia dessas pessoas, também a acessibilidade, saúde preventiva, dentre outros direitos que realmente visam atingir as demandas dos idosos sem excluí-los, discriminá-los e rotulá-los. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 99).

Assim, não adianta o Estado introduzir no ordenamento jurídico normas que visam conferir ao mesmo tempo a assistência, proteção e manutenção do poder de escolha dos longevos, se as regras que limitam a liberdade desses indivíduos continuam vigentes e defendidas por, supostamente, protegerem o idoso contra casamentos baseados em interesses financeiros. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 60).

Ante todo o exposto, conclui-se que a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos idosos é um preconceito com roupagem de proteção, sendo, portanto, um exemplo de ageísmo, uma vez que restringe a autonomia do longo baseando no estereótipo da pessoa incapaz e doente.

## **2. O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS**

O artigo 1.641, do Código Civil de 2002, trata do instituto da separação obrigatória de bens, retirando das pessoas que se encaixam nas hipóteses presentes em seus incisos a autonomia para escolher o regime que melhor esteja de acordo com seu matrimônio e planejamento familiar. Esta previsão reproduz parcialmente o artigo 258, parágrafo único, do CC/1916, o qual era considerado um código patrimonialista. (TARTUCE, 2020, p. 163-164).

O inciso I do dispositivo refere-se às pessoas que se casam, mesmo havendo uma causa suspensiva do casamento, hipóteses apresentadas no artigo 1.523 do CC/02. O objetivo desta previsão é o de evitar confusão patrimonial. O III trata de pessoas que necessitam de suprimento judicial para se casarem, com a finalidade de proteger pessoas com idade entre 16 e 18 anos, considerados pelo Código Civil relativamente incapazes. (TARTUCE, 2020, p. 163-164).

A restrição da liberdade de escolha do regime de bens aos maiores de 70 anos está presente no inciso II. A doutrina majoritária entende que esta imposição aos idosos é discriminatória, uma presunção de incapacidade do idoso para escolher o regime, e que, sobretudo, não está em harmonia com os princípios constitucionais, como da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, afetividade e solidariedade. Na opinião do autor Flávio Tartuce, o dispositivo visa proteger mais os interesses patrimoniais dos herdeiros do que proteger o idoso em si. (TARTUCE, 2020, p. 164).

### **2.1 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Os nubentes, em regra, podem escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver, podendo ser comunhão parcial, comunhão universal, separação convencional ou participação final dos aquestos, contudo, é possível misturar as regras de cada um deles para criar um regime atípico, o que é plenamente permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, desde que as cláusulas do pacto antenupcial não sejam contrárias aos princípios e normas de ordem pública do direito de família. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 6).

O princípio da autonomia privada é aplicado no direito de família, pelo qual os nubentes têm o direito de se autorregulamentar, sendo limitado pelas normas cogentes. Nesse sentido, importa citar o artigo 1.513 do Código Civil, no qual estabelece que as pessoas de direito público e privado não podem interferir no planejamento familiar. Do mesmo modo, é possível verificar a liberdade dos consortes na possibilidade de mudar o regime de bens após a celebração do casamento, mediante autorização judicial, ressalvado os direitos de terceiros.

Contudo, a necessidade de ação judicial para a troca de regime está sendo questionada. (GONÇALVES; RICARDONI, 2019, p. 7).

Em suma, tem-se mitigado jurisprudencialmente a estrita exigência normativa do art. 1.639, §2.º, do CC, o que vem em boa hora, pois são os cônjuges aqueles que têm a melhor consciência sobre os embaraços que o regime de bens adotado pode gerar em sua vida cotidiana. A interpretação deve ser a mesma no que diz respeito ao Código de Processo Civil de 2015, que parece ter nascido desatualizado também ao exigir o pedido motivado para a alteração do regime de bens. (TARTUCE, 2020, p. 156).

O artigo 1.641 do Código Civil dispõe as hipóteses nas quais o regime obrigatoriamente será o de separação legal de bens. O inciso I dispõe sobre as pessoas que possuem alguma das circunstâncias previstas no artigo 1.523 do mesmo diploma. (TARTUCE, 2020, p. 163).

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. (BRASIL, 2002).

O inciso II visa, supostamente, proteger os idosos de casamentos com viés financeiro, impondo aos indivíduos com 70 (setenta) anos ou mais o regime de separação obrigatória de bens. Contudo, o critério aplicado nessa hipótese é somente a idade, independentemente se a pessoa tem ou não discernimento reduzido. Esse inciso é amplamente atacado pelo autor Flávio Tartuce, ao afirmar que a imposição deste regime protege mais os herdeiros do que o próprio idoso. (TARTUCE, 2020, p. 164).

O inciso II do art. 1.641 do CC visa, supostamente, à tutela do idoso, potencial vítima de um *golpe do baú*, em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções. De qualquer forma, até para sustentar a tese de inconstitucionalidade a seguir demonstrada, a este autor parece que a norma tende a proteger não o idoso, mas os seus interesses patrimoniais dos seus herdeiros, que, muitas vezes à espreita, esperam a morte do familiar e o recebimento do acervo patrimonial. De imediato, insta notar que o casamento, para o idoso, não trará prejuízos afetivos, mas vantagens, ainda mais se contraído com pessoa mais jovens. (TARTUCE, 2020, p. 164).

O Código Civil estabelece 16 (dezesseis) anos como idade núbil, isto é, é permitido o casamento de pessoas que são consideradas relativamente incapazes, que serão emancipadas com a ocorrência do casamento, necessitando somente de autorização de ambos os genitores para que possam escolher o regime de bens que melhor lhe convier. Caso um dos pais não forneça o seu consentimento, ou nos casos de tutela, para que o casamento ocorra necessitará de suprimento judicial, e nessas situações incidirá o regime de separação obrigatória de bens, hipótese prevista no inciso III do artigo 1.641 do mesmo diploma legal. (TARTUCE, 2020, p. 164).

A presente discussão refere-se à inconstitucionalidade da imposição da separação obrigatória de bens aos idosos, tendo em vista que as outras hipóteses presentes no artigo 1.641 do Código Civil possuem justificativas de ordem patrimonial que não causam uma presunção de incapacidade, como no caso do inciso I que visa evitar confusão patrimonial, bem como do inciso III que existe para proteger pessoas que são consideradas relativamente incapazes de acordo com o artigo 4º do mesmo diploma. (GONÇALVES; RICARDONI, 2019, p. 12-13).

Tal estipulação fundamenta-se na proteção do idoso que pode ser vítima de um casamento movido por interesses econômicos, ou seja, o conhecido golpe do baú. No entanto, essa premissa não pode ser vista como a medida mais adequada para assegurar os direitos dos idosos, uma vez que restringe sua autonomia de escolha e os enfatizam. (GONÇALVES; RICARDONI, 2019, p. 17).

A doutrina majoritária entende que o regime de separação obrigatória de bens aos idosos é uma disposição preconceituosa, apesar da roupagem de proteção. Nesse sentido, cabe citar o Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil, no qual foi proposto a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, sob o argumento de que essa norma é inconstitucional por presumir a incapacidade do idosos na escolha do regime, ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade. (TARTUCE, 2020, p. 164).

A Constituição Federal de 1988 modificou a forma de interpretação das normas do ordenamento jurídico, com um viés mais humano, portanto, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a imposição da separação obrigatória de bens aos idosos é dissonante com a realidade contemporânea, uma vez que não se trata de tutela e sim de um preconceito. (TARTUCE, 2020, p. 164).



Apesar da insistência dos doutrinadores pela inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens aos idosos, a previsão continua inalterada no Código Civil, contudo, há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que em certas situações não deve ser aplicada a separação legal de bens.

Primeiramente, tem-se que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377 em 1964, a qual dispõe que “no regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento.” Assim, abriu-se a possibilidade de relativizar o regime de separação obrigatória de bens, transformando, de certa forma, no regime de comunhão parcial, visto que não tinha a necessidade de comprovar esforço comum. (TARTUCE, 2020, p. 169).

Ato contínuo, sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça, no EREsp 1.623.858/MG, na qual os Ministros firmaram entendimento no sentido de que é necessário comprovar o esforço comum na aquisição dos bens durante o casamento. Esta decisão do STJ foi crucial para diferenciar o regime de separação legal de bens do regime da comunhão parcial. (TARTUCE, 2020, p. 171).

A segunda exceção ocorreu quando o STJ firmou entendimento, no REsp 1.318.281/PE, no sentido de que não se aplica a separação obrigatória de bens quando o casamento é precedido de união estável que se iniciou antes de atingir o patamar etário exigido pelo inciso II do artigo 1.641 do Código Civil. (GREIN; WECHINEWSKY, 2019, p. 137).

A imposição do regime de separação obrigatória de bens não impede a prática do *golpe do baú* quando a pessoa tem esse interesse, tendo em vista que qualquer indivíduo está propício a sofrer estes infortúnios, não sendo aplicados tão somente com idosos.

Assim, a obsolescência da norma é evidente quando é possível verificar a criação de cada vez mais exceções para a estrita aplicação do regime de separação obrigatória de bens, fazendo com que o Código Civil vire uma verdadeira coxa de retalhos, além de estar em conflito com as demais normas que nasceram após o advento da Constituição Federal de 1988.

## 2.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO EREsp 1.623.858/MG E REsp 1.318.281/PE

O EREsp 1.623.858/MG trata-se de embargos de divergência interposto contra decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que apresentou entendimento no sentido de que o cônjuge, no regime de separação legal de bens, possui direito aos bens

adquiridos durante o casamento sem a necessidade de comprovar que houve esforço comum para a aquisição do patrimônio. Contudo, a 2ª Seção unificou a jurisprudência do STJ, decidindo, por unanimidade, pela imprescindibilidade de prova do esforço comum no regime de separação obrigatória.

Por sua vez, no REsp 1.318.281/PE, o recorrente alegou que o acórdão recorrido violou os artigos 166, 1.641, 1.645 e 2.039 do Código Civil atual e artigo 258, inciso II, parágrafo único do CC/1916, tendo em vista que o Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que o pacto antenupcial de comunhão universal de bens era válido, sob o argumento de que os cônjuges viveram em união estável por mais de 15 anos antes de contrair matrimônio.

No entanto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que não há obrigatoriedade do regime de separação legal de bens quando o matrimônio é precedido de união estável iniciada antes da idade prevista na norma, que no Código Civil de 1916 era 50 para as mulheres e 60 para os homens, o Código civilista de 2002 nasceu prevendo a idade de 60 anos e, atualmente, com a modificação realizada pela 12.344/2010, o Código prevê a idade de 70 anos.

No que tange ao EREsp 1.623.858/MG, os julgadores argumentaram que se fosse aplicada a presunção de esforço comum, para que pudesse ocorrer o afastamento de comunicabilidade dos bens necessitaria de prova negativa, isto é, comprovar que efetivamente, de forma alguma, não ocorreu a participação na aquisição de forma onerosa do bem.

Com aplicação desse argumento, conforme os julgadores, retiraria a eficácia do instituto da separação obrigatória de bens, uma vez que a regra de comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento é a previsão do regime de comunhão parcial de bens.

A imprescindibilidade de comprovar o esforço comum na aquisição dos bens foi o argumento vencedor, o qual alicerçou-se na necessidade de dar eficácia para a separação obrigatória de bens, assim, sedimentou o entendimento de que para haver a comunicabilidade o cônjuge deverá fazer prova de que participou efetivamente na aquisição dos bens, mesmo que não de forma financeira.

Ocorre que, ao estabelecer que necessita de comprovação de participação na aquisição dos bens, mesmo que não de forma financeira, abre muitas possibilidades de interpretações

divergentes quanto ao que pode ser considerado como efetiva participação não financeira, que não seja exatamente aplicando dinheiro para a compra de um determinado bem, portanto, se mostra um critério subjetivo para análise dos casos concretos.

A respeito do Resp 1.318.281/PE, os Ministros do STJ julgaram que deverá ser afastado o regime de separação obrigatória de bens quando o casamento é precedido de longa união estável que se iniciou antes de um dos cônjuges, ou ambos, atingirem a idade prevista no artigo 1.641 inciso II do Código Civil, que antes da Lei nº 12.344 de 2010 era de 60 (sessenta) anos e atualmente é 70 (setenta) anos.

Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê um tempo de união para que seja considerado como união estável, podendo ser 1 (um), 2 (dois), 10 (dez) ou 15 (quinze) anos, e, de acordo com os julgadores, se o casamento é precedido de longa união estável não há possibilidade de ser um relacionamento baseado em interesse financeiro, contudo, é plenamente possível verificar na sociedade que existem relacionamentos longos baseados em interesses financeiros, com pessoas de idades diversas, reforça-se o fato de que qualquer indivíduo está sujeito a sofrer um *golpe do baú* não somente os idosos.

Importa salientar que a tese de inconstitucionalidade da separação obrigatória de bens aplicada aos idosos foi citada no acórdão, contudo, os Ministros do STJ afirmaram que esta matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), entretanto, os argumentos expostos nesta monografia visam demonstrar que esta norma afronta os princípios fundamentais da Constituição Federal, bem como o Estatuto do Idoso, que é uma lei Federal.

### 2.3 EFEITOS SUCESSÓRIOS DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

No âmbito sucessório, o cônjuge ou companheiro possuem o direito de concorrer com os descendentes ou ascendentes na sucessão do *de cuius*. Contudo, o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil prevê que o cônjuge ou companheiro sobrevivente não concorrerá com os descendentes quando o regime de bens for o da separação legal, da comunhão universal e, por fim o da comunhão parcial caso o autor da herança não tenha deixado bens particulares. (TARTUCE, 2020, p. 199).

A razão pela qual o inciso I exclui da sucessão o cônjuge ou companheiro casado com os regimes de comunhão universal e parcial de bens, é a de que em ambos ocorre a meação dos bens comuns. E, o motivo da exclusão do regime de separação obrigatória de bens

aparentemente têm o mesmo viés, ao fato de que com a aplicação da Súmula 377 do STF e comprovando participação na aquisição dos bens durante o casamento, ocorrerá a meação, conforme leciona o doutrinador Tartuce:

Cabe pontuar que o afastamento sucessório na separação legal ou obrigatória se deve ao fato de que, nesse regime, há comunicação dos bens havidos durante o casamento, na dicção da antiga Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Como está exposto no Volume 5 desta série bibliográfica, houve grande debate nos anos iniciais de vigência do Código Civil de 2002 a respeito da permanência prática ou não dessa sumular. Acabou por prevalecer a sua aplicação, o que é majoritário na doutrina e na jurisprudência superior (ver, por todos: STJ, REsp 1.199.790/MG, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 14.12.2010, DJe 02.02.2011; e REsp 736.627/PR, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2006, DJ 01.08.2006, p. 436). (TARTUCE, 2020, p. 199).

Nesse sentido, caso não seja possível a comprovação de esforço comum na aquisição dos bens, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, na separação legal de bens, ficará sem herança e sem meação, visto que a maioria dos idosos que falecem possuem descendentes, portanto, estes receberão a totalidade da herança, o que evidencia que a norma visa proteger o patrimônio da herança dos descendentes.

Caso o autor da herança não tenha descendentes, a próxima classe a suceder será a dos ascendentes, e neste momento o cônjuge ou companheiro sempre terá o direito a concorrer na herança, independentemente do regime adotado ou imposto. Ocorre que, atualmente, é raro o idoso falecer sem deixar descendentes, contudo, está aumentando a quantidade de pessoas que não querem ter filhos, portanto, em um futuro breve terá uma maior quantidade de idosos com somente ascendentes ou somente cônjuge ou companheiro e colaterais.

Cumprido salientar ainda que o STF, no RE 646.721/RS, reconheceu o casamento e união estável homoafetiva. Nesse sentido, apesar da possibilidade de casais homoafetivos terem filhos, seja por adoção ou consanguíneos, nem todos possuem a vontade de ter filhos, aumentando a possibilidade de um idoso falecer sem deixar descendentes. (TARTUCE, 2020, p. 240).

Dessa forma, ilustrando, se o falecido não deixou filhos, mas apenas pais e uma esposa ou companheira, o direito sucessório é reconhecido a favor dos três: pai + mãe + esposa ou companheira; de forma igualitária. Mais uma vez, devem ser considerados o casamento e a união estável homoafetivos como equiparados ao casamento e à união estável heteroafetivos, para a inclusão de

direitos hereditários (STF, Recurso Extraordinário 646.721/RS, j. 10.05.2017). (TARTUCE, 2020, p. 240).

Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge ou companheiro sucederá por direito próprio independentemente do regime de bens, essa hipótese, atualmente, é plenamente vislumbrada nos casos de casais homoafetivos, portanto, se há um casamento ou uma união estável por interesse financeiro, nessas condições, mesmo assim terá o direito de herdar. (TARTUCE, 2020, p. 244).

É possível observar que o artigo 1.831 do Código Civil é mais uma regra sucessória que representa uma exceção à estrita aplicação do regime de separação obrigatória de bens, visto que reconhece o direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens. (TARTUCE, 2020, p. 255).

O direito real de habitação permite que o cônjuge permaneça morando na residência da família, mesmo que seja o único imóvel a inventariar, sem a necessidade de pagar qualquer valor a título de aluguel, bem como o imóvel fica impedido de ser vendido a terceiros, contudo não é possível utilizar o imóvel para outra finalidade, portanto, este instituto não alcança o imóvel utilizado para locação. (TARTUCE, 2020, p. 255).

O direito à moradia é amparado pela Constituição Federal em seu artigo 6º, sendo exatamente este o objetivo do direito real de habitação, o doutrinador Flávio Tartuce cita uma tese do Ministro Luiz Edson Fachin, no sentido de que deve ser garantido ao cônjuge um mínimo de patrimônio para assegurar-lhe sua dignidade. (TARTUCE, 2020, p. 259).

Na vigência do Código Civil de 1916, somente o cônjuge casado com regime de comunhão universal de bens possuía o direito real de habitação, bem como necessitava permanecer viúvo para manter esse direito. Assim, o atual Código Civil revolucionou este instituto ao ser incidente em todos os regimes, bem como ao permitir que o cônjuge sobrevivente se case novamente, ou tenha uma união estável sem retirar-lhe o direito. (TARTUCE, 2020, p. 258).

Apesar dos brasileiros não possuírem a cultura de realizar um testamento por crenças de que estaria antevendo a morte, é possível verificar, na sucessão testamentária, uma outra exceção à estrita aplicação do regime legal de bens, tendo em vista que presumidamente o idoso

possui capacidade para fazer um testamento e dispor de sua porção disponível para o seu companheiro ou cônjuge.

Partindo para os requisitos específicos de *capacidade testamentária ativa*, enuncia o art. 1.860, *caput*, do Código Privado que, além dos incapazes, tratados pelos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento para tanto. Como se percebe, a incapacidade deve ser analisada especificamente, para o ato em si. O seu parágrafo único já traz a ressalva importante de que podem testar os menores púberes, com idade entre dezesseis e dezoito anos, tratados na Parte Geral como relativamente incapazes (art. 4.º, inciso I, do CC). Eis uma regra especial a respeito do testamento, o que demonstra tratar-se realmente de um negócio jurídico especial, *sui generis*, com características próprias. (TARTUCE, 2020, p. 405).

Ante o exposto, para que o testamento seja invalidado será necessário comprovar que no momento da realização do negócio jurídico o idoso não possuía plena capacidade e salienta-se que fortes emoções como amor, paixão ou ódio no momento de fazer o testamento, não significa falta de discernimento, bem como a incapacidade superveniente também não invalida. (TARTUCE, 2020, p. 405).

Além do idoso ser presumidamente capaz, a legislação não proíbe a inclusão do cônjuge ou companheiro no testamento quando o regime de casamento for da separação obrigatória de bens, visto que não consta no rol do artigo 1.801 do Código Civil, o qual prevê as pessoas que não podem constar nas disposições do testamento.

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

- I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;
- II - as testemunhas do testamento;
- III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
- IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. (BRASIL, 2002).

Sendo assim, fica evidente que a separação obrigatória de bens não afasta por completo os direitos patrimoniais do cônjuge ou companheiro, uma vez que a legislação autoriza a concorrência quando o autor da herança deixa somente ascendentes e o cônjuge como herdeiros necessários, e ainda conferindo o direito real de habitação, independentemente de regime patrimonial. Portanto, não há de fato uma blindagem do patrimônio do idoso.

### 3 A AUTONOMIA PRIVADA E A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO

A população idosa, até a década de 1960, sofria com a total omissão do Estado quanto às suas necessidades, uma vez que a porcentagem desse grupo em cada país era ínfima, a expectativa de vida era muito baixa, não possuindo força para pressionar os Estados a praticarem atos, com a finalidade de conceder melhor qualidade de vida e formas de garantir a autonomia desses indivíduos. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 42).

Nesse sentido, as regras destinadas à população idosa até 1980 eram voltadas para a previdência e assistência social, além do dispositivo do Código Civil de 1916 que previa a separação obrigatória de bens para as mulheres e homens, a partir de 50 e 60 anos respectivamente. Esse preceito foi reproduzido parcialmente no Código Civil de 2002, o qual prevê, atualmente a imposição do regime de separação legal de bens para os longevos com idade a partir de 70 anos. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 42).

O legislador constituinte de 1988 inseriu diversos dispositivos que versam sobre os direitos dos idosos na Constituição Federal, a Carta Política mais avançada em direitos individuais e sociais do Brasil. E a partir deste momento a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 99-100).

Nessa sequência, como resultado das lutas específicas para proteção de categorias de pessoas, o Estado introduziu no ordenamento jurídico instrumentos especializados com a finalidade de defender a coletividade, e assim, em 1990 surgiu o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1994 a Política Nacional do Idoso, em 2003 o Estatuto do Idoso e, por fim, em 2015 o Estatuto da Pessoa com Deficiência. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 34).

“E quando se conclui que o homem deveria ser visto na sua concretude a partir das várias formas de ser em sociedade, crianças, enfermos e pessoas idosas obtiveram uma ampliação na sua proteção jurídica.” (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 36).

Ocorre que, o crescimento exponencial de pessoas idosas nos últimos anos, evidenciou a dificuldade dos Estados em criar políticas públicas e leis voltadas às pessoas idosas, visto que os países preferiam priorizar programas voltados aos jovens, por ser considerado investimento no futuro, do que ações destinadas à população idosa, tendo em vista que era considerado como gasto desnecessário. (GRANDO, 2017, p. 64).

O crescimento exponencial de pessoas idosas pressionou o Estado para reconhecer que este grupo tem carência de proteção, de garantias específicas, uma vez que esta coletividade é constantemente vítima de preconceito e violência, também por parte do Estado, ao discriminar estas pessoas e se omitir quanto às suas reais necessidades.

A autonomia privada decorre dos princípios da dignidade humana e da liberdade, sendo o direito do indivíduo de conduzir o seu próprio destino, com seu arbítrio, agindo de acordo com as próprias vontades. Consiste, portanto, na capacidade da pessoa de se autorregulamentar e de se autodeterminar. (VERDI, 2018, p. 14).

Autonomia é, assim, a destreza peculiar do indivíduo para conduzir seu próprio destino, guiado tão somente pelo seu arbítrio, sendo tal aptidão algo indissociável da ideia de dignidade. É, por conseguinte, a expressão da liberdade na sua significação positiva. É a face da liberdade que viabiliza o agir, o decidir, o fazer e, até, o não fazer. (PINHEIRO, 2016, p. 57)

Apesar da autonomia da vontade ser direito de toda pessoa que possui a capacidade plena, os idosos são vistos como indivíduos que não podem gerir sua própria vida nem manter relações afetivas, mesmo quando têm plena consciência de suas ações. Contudo, a proteção integral, direcionada à esta categoria vulnerável, não permite que seja retirada a liberdade individual do longevo, com a presunção de sua incapacidade civil. (PINHEIRO, 2016, p. 168)

Nesse sentido, para que a pessoa mantenha autonomia ao longo de sua vida, é importante entender o envelhecimento em seus aspectos biológico, psicológico e social, garantindo que cada idoso seja compreendido de acordo com a sua individualidade, uma vez que cada pessoa sofre e lida com as circunstâncias de forma diferente, sendo plenamente possível um indivíduo estar em plenas condições mentais com 90 (noventa) anos, por exemplo, enquanto outros podem ter o discernimento comprometido com a mesma idade ou até menos. (VERDI, 2018, p. 57).

Estas pessoas, apesar de cronologicamente idosas, continuam a agir como cidadãos, com direitos e deveres, com vontades próprias que devem ser respeitadas, com base no que determina a legislação vigente que protege esta grande parcela da população. (VERDI, 2018, p. 56).

Cumprido salientar que as pessoas envelhecem de formas diferentes, não podendo, portanto, serem tratadas como se todos fossem dependentes, doentes e sem capacidade de tomar as próprias decisões. Com o intuito de estudar as peculiaridades desses indivíduos, nasceu a Gerontologia, uma ciência que visa estudar o envelhecimento em sua completude, considerando



de forma conjunta os aspectos biológicos, psicológicos e sociais dessa categoria. (VERDI, 2018, p. 48).

Necessário destacar que o processo de envelhecimento não pode ser interrompido, todavia, é possível retardar a perda da autonomia com a adoção de medidas preventivas e políticas públicas capazes de garantir uma participação ativa e efetiva dos idosos na sociedade. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 49).

O envelhecimento ativo propicia melhores condições para que o idoso consiga ter seu poder de decisão preservado, nesse sentido, seria necessário criar políticas públicas que promovam um modo de viver mais saudável, que propicie uma maior qualidade de vida, acesso à lazer e alimentos saudáveis. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 39).

Considerando todo o exposto até o presente momento, importa informar que no primeiro tópico deste capítulo são abordados os Planos de Ação Internacional sobre o envelhecimento, que debatem, especificamente, sobre os direitos humanos dos idosos. No segundo tópico, são tratadas as disposições presentes nas legislações nacionais, e por fim, no terceiro tópico são apresentados os dispositivos da Constituição Federal de 1988 que versam sobre os direitos dos longevos, além dos Princípios Constitucionais da dignidade da humana, liberdade e isonomia.

### 3.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ENVELHECIMENTO

Inicialmente, cumpre informar que a I Assembleia Mundial sobre o envelhecimento ocorreu em 1982 em Viena na Áustria, e tinha como finalidade os direitos humanos das pessoas idosas. Como fruto dessa Assembleia, nasceu o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o envelhecimento, o qual dispõe instruções para o desenvolvimento do envelhecimento digno. (GRANDO, 2017, p. 63).

O primeiro princípio, estabelecido no Plano de Ação Internacional de Viena, que merece destaque dispõe de forma clara que todas as pessoas, independentemente de idade, merecem tratamento igualitário, portanto, devem receber ajuda segundo suas necessidades, de forma que seja realçada a igualdade e a dignidade humana.

O Plano dispõe, ainda, que o processo de envelhecimento deve fazer parte das políticas sociais, devendo ser garantido a participação ativa dos idosos na formulação e aplicação dessas

políticas, além dos gastos com essas políticas serem consideradas como investimento duradouro. (ONU, 1982).

Posteriormente, em 1991, a Organização das Nações Unidas (ONU) criou uma Carta de Princípios em favor das Pessoas Idosas, dividida em 18 direitos, os quais visam garantir a independência, participação, assistência, autorrealização e dignidade dos longevos. O último princípio enuncia que as pessoas devem ser tratadas com justiça, independentemente de idade, deficiência e condição econômica. (GRANDO, 2017, p. 64).

Ato contínuo, no ano de 2002, ocorreu a II Assembleia Mundial sobre o envelhecimento. No Plano de Ação Internacional criado nessa Assembleia, foram discutidos diversos assuntos como, a participação ativa na sociedade e no desenvolvimento, promoção da saúde e do bem-estar, contudo, merece destaque o tema da capacidade dos idosos, no qual dispõe como objetivo a manutenção da capacidade durante toda a vida e a promoção da participação dos idosos.

Com o intuito de alcançar esse objetivo, foi listado no Plano uma série de medidas, das quais cabe destacar a formulação de políticas e programas para dar educação sobre as causas da incapacidade, com a finalidade de preveni-las ou superá-las durante toda a vida. (ONU, 2002).

O Brasil, em 2015, integrou, junto com alguns representantes da Organização dos Estados Americanos, à Convenção Interamericana sobre a proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas. Em síntese, essa Convenção tem como objetivo garantir a autonomia e o protagonismo da pessoa idosa. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 79.)

Apesar de já ter sido assinada pelo Brasil, em data de 15 de junho de 2015, a Convenção ainda não foi ratificada e incorporada internamente. Essa necessidade de aderir a convenção reflete com a expectativa de vida do brasileiro que tem crescido ano a ano, graças aos progressos da medicina e da tecnologia, como informa a mídia de maneira geral. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 79)

A Convenção tem como objetivo promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades dos idosos em condições de igualdade, para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade. Essas disposições estão logo em seu artigo 1º. “A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos dos Humanos dos Idosos conferiu especial destaque ao tema autonomia da pessoa idosa.” (PINHEIRO, 2016,

p. 96), nesse sentido, no mesmo artigo é estabelecido que os Estados somente poderão restringir o exercício dos direitos presentes na Convenção mediante leis criadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral. (OEA, 2015).

Nessa perspectiva, vale aduzir que a Convenção elegeu como princípios gerais a dignidade, independência, o protagonismo e a autonomia do idoso. Além disso, restou expressamente reconhecido o direito do idoso de tomar decisões e de definir seu plano de vida, incumbindo aos Estados Partes o dever de assegurar o respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões e a independência na realização de seus atos, bem como de garantir que o idoso tenha a oportunidade de escolher onde e com quem quer residir, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo que não se veja obrigado a viver de acordo com um sistema de vida específico.” (PINHEIRO, 2016, p. 96-97)

Nesse sentido, desde a I Assembleia Mundial sobre o envelhecimento, em 1982, os temas acerca do tratamento igualitário e da manutenção da autonomia dos idosos são constantemente discutidos, e reafirmados. Essas Convenções e Assembleias, em síntese, incumbiram aos Estados o dever, tanto de promover políticas públicas para assegurar os direitos dos longevos, quanto de se abster para evitar a interferência na liberdade dessas pessoas.

Diante do exposto, internacionalmente, os direitos à autonomia e à igualdade são amplamente assegurados, permitindo a restrição somente em situações excepcionais, portanto, é possível afirmar que proteger os idosos contra casamentos baseados em interesses financeiros, não é uma justificativa plausível para impor separação obrigatória de bens aos indivíduos a partir dos 70 (setenta) anos.

### 3.2 LEGISLAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS E OS CRIMES FINANCEIROS CONTRA OS IDOSOS

A Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842/94, foi a primeira norma infraconstitucional brasileira editada com o intuito de discorrer sobre a proteção da pessoa idosa. Esta norma foi criada alicerçada tanto nos direitos e garantias presentes na Constituição Federal de 1988, quanto nos princípios das Nações Unidas, dentre os quais vale ressaltar a independência, a participação e a assistência. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 101)

A Lei 8.842/1994 traçou objetivos, princípios e diretrizes da Política Nacional do Idoso; estabeleceu como se daria a coordenação dessa política; especificou o papel dos Conselhos de Direitos do Idoso na sua execução e fixou competências para os órgãos e as entidades públicos na área da assistência social, da saúde, da educação, do trabalho, da previdência social, da

habilitação e do urbanismo, da justiça e da cultura, do esporte e lazer. (PINHEIRO, 2016, p. 85)

Entre os temas presentes na Política Nacional do Idoso (PNI), também são tratados os assuntos acerca do direito ao respeito, a não discriminação, participação, cultura, lazer, saúde e assistência social. Contudo, necessário salientar que o legislador não incluiu dispositivos que visassem penalizar o desatendimento das diretrizes expostas na norma, motivo pelo qual a autora Naide Pinheiro, em sua tese de mestrado, entende que a PNI não teve tanta efetividade, parecendo uma carta de intenções. (PINHEIRO, 2016, p. 85).

A Política Nacional do Idoso (PNI) dispõe os seus princípios no artigo 3º, e cabe destacar que o inciso I expõe de forma clara que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar a participação ativa do idoso na sociedade, e o inciso III esclarece que o longevo não pode ser alvo de discriminação de qualquer natureza. (BRASIL, 1994).

Por fim, cumpre salientar o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 10 da Lei 8.842/1994, vejamos:

Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos:

§ 1º É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.

§ 2º Nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir seus bens, ser-lhe-á nomeado Curador especial em juízo. (BRASIL, 1994).

Diante do exposto, a Política Nacional do Idoso afirma, de forma expressa e clara, que o direito de autonomia do idoso somente poderá ser restringido quando declarada a incapacidade judicialmente, caso contrário o longevo é considerado plenamente capaz de administrar seus bens livremente.

A Política Nacional do Idoso foi regulamentada pelo Decreto 1.948/1996, todavia, com a finalidade de consolidar os atos normativos que dispõem sobre a pessoa idosa, sobreveio o Decreto 9.921/2019 que revogou os Decretos 1.948/1996, 5.934/2006, 6.800/2009, 8.114/2013, e o 9.328/2018. (BRASIL, 2019).

O artigo 9º do Decreto nº 9.921/2019 dispõe que compete ao Ministério da Saúde tomar algumas medidas, e a que merece destaque aqui está presente no inciso VIII alínea “a”, vejamos:

Art. 9º Compete ao Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Atenção Primária à Saúde, em articulação com as secretarias de saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VIII - desenvolver e apoiar programas de prevenção, de educação e de promoção à saúde da pessoa idosa, de forma a:

- a) estimular a permanência da pessoa idosa na comunidade, junto à família, e o desempenho de papel social ativo, com a autonomia e a independência que lhe for própria;
  - b) estimular o autocuidado e o cuidado informal;
  - c) envolver a população nas ações de promoção da saúde da pessoa idosa;
  - d) estimular a formação de grupos de autoajuda e de grupos de convivência, em integração com instituições que atuam no campo social; e
  - e) produzir e difundir material educativo sobre a saúde da pessoa idosa;
- (BRASIL, 2019).

Diante do exposto, é possível perceber que o Decreto incumbiu o Ministério da Saúde o dever de estimular que o idoso tenha sua autonomia e independência preservada, contudo, essa responsabilidade não deveria ser somente deste órgão e sim de todos os organismos do Estado, do Poder Legislativo, executivo e judiciário, bem como da família e sociedade, conforme está expresso no artigo 230 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Logo, verifica-se que, desde 1994, as legislações infraconstitucionais dispõem de forma expressa a necessidade de preservação do direito à autonomia e independência dos idosos, demonstrando, portanto, que de fato a capacidade plena se mantém ao longo da vida, sendo restringida somente quando declarada a incapacidade judicialmente, e não quando atingido um certo patamar etário. (PINHEIRO, 2016, p. 87).

O sistema jurídico de proteção à pessoa idosa alavancou-se sobremaneira com a entrada em vigor da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), isso porque tal norma não se restringiu a traçar diretrizes, princípios e objetivos, como fez o legislador de 1994 (Lei 8.842/94). Foi o legislador de 2003 muito além: estabeleceu, de forma precisa, direitos, garantias e meios coercitivos capazes de possibilitar a efetiva implementação desses direitos. O Estatuto do Idoso trouxe ao ordenamento jurídico pátrio um arcabouço de normas aptas a oportunizar à pessoa idosa colocar-se na sociedade como autêntico sujeito de direitos. (PINHEIRO, 2016, p. 86).

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, foi criado alicerçado nos princípios da absoluta prioridade e proteção integral do idoso. Neste diploma, estão presentes os direitos, dentre outros, à saúde, à igualdade, à educação, ao trabalho, à participação política e a viver livre de violência. (NOTARI; FRAGOSO, 2011).

O Estatuto do Idoso foi criado como uma tentativa de garantir uma maior eficácia aos direitos humanos e fundamentais dos longevos, que devido a idade encontram-se à margem da

sociedade, necessitando, portanto, de uma maior proteção para que as barreiras sociais sejam eliminadas para a efetiva inclusão do idoso como um ser social. Desse modo, falar em Estatuto do Idoso significa falar em uma tentativa de garantia de maior eficácia aos direitos humanos, fundamentais e sociais das pessoas idosas, que em razão da idade dependem de uma maior proteção, tanto do Estado, quanto da sociedade e da família. (GRANDO, 2017, p. 70).

Desse modo, até 2003, ansiava-se por uma norma jurídica que garantisse uma efetiva proteção aos direitos da pessoa idosa no Brasil, dada a insuficiência do resguardo fixado na legislação até então vigente. Nesse cenário, desponta a Lei 10.741/2003, amplamente conhecida como Estatuto do Idoso, reunindo um acervo de regras jurídicas - umas inéditas e outras já previstas na legislação esparsa - hábeis a acautelar os direitos das pessoas idosas no Brasil. O Estatuto do Idoso é, sem qualquer dúvida, a mais importante norma jurídica de proteção à pessoa idosa que já existiu no Brasil. O seu texto, inspirado no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi fruto do clamor de vários segmentos da sociedade civil. (PINHEIRO, 2016, p. 85)

O Estatuto do Idoso dispõe em seu artigo 1º que os indivíduos a partir de 60 anos são considerados idosos. Ato contínuo, no artigo 2º o legislador expõe que, mesmo com a proteção integral, o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo, portanto, ser preservada a sua saúde física e mental em condições de liberdade e dignidade. (PINHEIRO, 2016, p. 87-88).

Nesse ponto, é possível observar que a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos longevos a partir de 70 anos, previsto no artigo 1.641, inciso II do Código Civil, não está de acordo com as disposições do Estatuto do Idoso, uma vez que esta lei dispõe, logo em seu artigo 2º, que, mesmo com proteção integral, deve ser assegurada a possibilidade desses indivíduos exercerem seus direitos com liberdade e dignidade.

O artigo 4º do Estatuto do Idoso expõe ainda que “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.” (BRASIL, 2003). Nesse sentido, os longevos a partir de 70 anos sofrem discriminação com a imposição da separação obrigatória de bens, uma vez que o legislador, se utilizou de um único critério qual seja, a idade para restringir a autonomia desses indivíduos.

Cumpre salientar ainda que, a discriminação direcionada ao idoso também é vedada pela Constituição Federal em seu artigo 3º inciso IV, ao dispor que é objetivo fundamental da

República promover o bem de todos sem preconceito de raça, idade, sexo, ou qualquer outra forma de discriminação. (BRASIL, 1988).

O Estatuto do Idoso dispõe no parágrafo primeiro do artigo 10 quais aspectos estão compreendidos no direito à liberdade, em seu parágrafo segundo, o legislador expõe no que consiste o direito ao respeito, deixando claro que a integridade física, moral são invioláveis e que a autonomia deve ser preservada. (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Idoso, ao prescrever expressamente em seu art. 10, §2º, que o respeito à inviolabilidade da integridade da pessoa idosa abrange a preservação de sua autonomia, reforçou a premissa de que a capacidade civil não constitui atributo que se exaure com o simples passar dos anos. A partir da interpretação desse dispositivo legal, resta indubitável o entendimento de que a vontade da pessoa idosa não pode ser subjugada à vontade alheia. Ao idoso, nessa perspectiva, é permitido agir de acordo com sua particular convicção, mantendo-se como senhor do seu destino, bastando, para tanto, que não tenha sido acometido por alguma moléstia que o incapacite de expressar e realizar seus desígnios. (PINHEIRO, 2016, p. 92)

Nesse sentido, tem-se que o Estatuto do Idoso possui intenção tanto de proteger integralmente os longevos quanto de garantir a preservação da independência e o respeito ao direito de autonomia privada. Cumpre salientar ainda que a referida Lei prevê punições para situações de negligência, discriminação e violência, inclusive financeira.

A Lei 10.741/2003 elenca, em seu capítulo II, crimes em espécie praticados contra indivíduos idosos. O primeiro crime previsto está presente no artigo 96, o qual penaliza pessoas que discriminam o longo vivo impedindo-o de realizar operações bancárias, ou dificultando o acesso a meios de transportes e o livre exercício de contratar. (BRASIL, 2003).

A partir do artigo 102 o Estatuto prevê penalidades para situações em que o idoso é enganado ou forçado a fazer algo sem ter vontade. O artigo 102 prevê pena de 1 a 4 anos e multa para o indivíduo que se apropria ou desvia os bens ou rendimentos dos longevos, já o artigo 104 pune com detenção de 6 meses a 2 anos e multa a pessoa que retém cartão, conta bancária ou qualquer outro documento de recebimento de algum valor do idosos. (BRASIL, 2003).

Por fim, cabe salientar o disposto nos artigos 106, 107 e 108 do Estatuto, vejamos:

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.

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

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

Art. 108. Lavrar ato notarial que envolva pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal:

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

Nesse sentido, constitui crime induzir e coagir um idoso sem discernimento a outorgar procurações que possuem a finalidade de transmitir a administração dos seus bens. Importante destacar que estes dispositivos tutelam o patrimônio da pessoa idosa sem, contudo, restringir a autonomia do longo, permitindo que esses indivíduos façam ou deixem de fazer o que quiser, conforme seu próprio arbítrio. (PINHEIRO, 2016, p. 55)

Logo, é possível proteger integralmente os idosos sem retirar-lhes a independência e autonomia, portanto, não há necessidade de impor o regime de separação obrigatória de bens aos idosos a partir de 70 anos para proteger os longevos, uma vez que o Estatuto do idoso prevê crimes que punem pessoas que visam se apropriar do patrimônio desses indivíduos.

Observou-se que a proteção integral a que faz jus a pessoa idosa não admite, tampouco pressupõe, o aniquilamento da sua capacidade civil, não se podendo supor que ela denote uma autorização legislativa para aviltamento da liberdade individual do longo. Constatou-se, então, que eventual medida de proteção à pessoa idosa não pode ser aplicada ao arrepio da vontade do idoso lúcido. (PINHEIRO, 2016, p. 168)

Ante o exposto, a previsão do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil discrimina os idosos ao impor separação obrigatória de bens utilizando, tão somente, a idade como critério, uma vez que, é plenamente possível proteger os longevos de casamentos baseados em interesses financeiros com os crimes presentes no Estatuto do Idoso, portanto, a medida necessária é a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, com a devida efetivação das previsões constantes do Estatuto.

### 3.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS IDOSOS COM IDADE A PARTIR DE 70 ANOS

A Constituição Federal de 1988 ergueu a dignidade humana ao centro do ordenamento jurídico, tendo como propósito principal a proteção e desenvolvimento da personalidade, provocando uma despatrimonialização das normas, tornando a pessoa como centro do direito. Nesse sentido, esse princípio é o guia do sistema jurídico atual, o qual incumbe ao Estado o dever de abster-se de cometer atos atentatórios à dignidade, assim como a obrigação de



promover a dignidade humana, garantindo o mínimo existencial para toda a sociedade. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 19-20); (GREIN; WECHINEWSKY, 2019, p. 128).

Assim, a Constituição de 1988 traz em seu conteúdo a preocupação dos diversos setores que mais precisam de proteção, entre os quais, pode-se destacar as crianças, os adolescentes, o consumidor, o meio ambiente e o idoso, que posteriormente passam a ter legislações específicas de proteção. (GRANDO, 2017, p. 67).

Nesse ponto, sustentado no princípio da dignidade humana e da efetividade, o direito de família recebeu novos contornos com a Constituição Federal de 1988, nesse sentido, cumpre citar o artigo 226 da Magna Carta, o qual dispõe, nos parágrafos 3º e 4º, que são consideradas também como entidades familiares a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus ascendentes, demonstrando, portanto, que a entidade familiar não é mais singular, e sim plural. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 4).

Importa salientar ainda o que dispõe o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, vejamos:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o parágrafo 7º do artigo 226 expõe de forma expressa que o Estado não pode interferir no planejamento familiar, possuindo somente o dever de propiciar recursos educacionais e científicos. Logo, é possível inferir que a imposição do regime de separação obrigatória de bens é uma ingerência desnecessária do Estado no casamento dos idosos, tendo em vista que limita o indivíduo de tomar as decisões livremente quanto ao regime de bens de seu matrimônio.

A Constituição Federal de 1988, confere proteção ao idoso de forma expressa em seus artigos 229 e 230. Primeiramente, o artigo 229 dispõe o dever dos filhos de ajudar os pais na fase da velhice, carência ou enfermidade. No que tange ao artigo 230, há obrigação do Estado, da família e da sociedade de amparar os idosos, de forma a que seja assegurada a participação desses indivíduos na comunidade, garantindo uma vida digna. (BRASIL, 1988).

Desse modo, a primeira Constituição a preocupar-se de fato com a pessoa idosa foi a Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, bem como elencou em seus artigos 229 e 230

a responsabilidade solidária entre família, sociedade e Estado, para a manutenção do *status* dignificante. (GRANDO, 2017, p. 67).

O legislador constituinte incluiu uma série de dispositivos que possuem a finalidade de proteger os direitos dos idosos. Dentre eles cumpre citar o artigo 7º inciso XXX, o qual dispõe que o indivíduo não pode receber salários menores, na mesma função, em razão da idade, sexo, cor ou estado civil, tampouco ser menosprezado na admissão por causa da idade. Mais adiante, a Constituição expõe em seu artigo 203, inciso V, o direito à assistência social do idoso de baixa renda, independentemente de contribuição. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 100).

De outra forma, os idosos sustentam legalmente conservados muitos direitos, como doar bens, exercer atividade profissional, votar, adotar pessoas e fazer testamento. A pessoa com idade acima de setenta anos, como qualquer outra pessoa, garante o direito à propriedade privada conforme o artigo 5º, XXII e 170, II da Constituição Federal, inclusive previsto no Código Civil de 2002 no artigo 1.228, sem nenhuma exceção. Tendo o direito à propriedade privada, pode voluntariamente optar em relação ao regime de bens. (GREIN; WECHINEWSKY, 2019, p. 135).

A Carta Magna é inaugurada, em seu título I, tratando sobre os princípios fundamentais. Dentre as disposições previstas nessa parte, o artigo 3º em seu inciso I, dispõe que a República do Brasil tem como objetivo construir uma sociedade justa, solidária e livre. Em seguida, em seu inciso IV, a Constituição veda qualquer forma de discriminação em razão de idade, cor, sexo, origem e raça. (GREIN; WECHINEWSKY, 2019, p. 131).

A Constituição Federal em seu artigo 3º elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais consta no inciso IV que não pode haver o preconceito em função da idade, bem como todas as demais formas discriminatórias. Nesse passo, ao retirar a cidadania da pessoa idosa pelo simples fato de um requisito etário, bem como a sua possibilidade de postulação perante o Estado dos seus direitos fundamentais incide em ato discriminatório e atentatório da Constituição. (GRANDO, 2017, p. 61).

Além da vedação expressa a qualquer forma de restrição à direito fundamental baseado na idade, o artigo 5º, *caput*, determina que todas as pessoas são iguais em direitos, portanto, a legislação deve tratá-las de forma semelhante. As particularidades atinentes à população idosa desafiam a sociedade em geral, uma vez que a senilidade começa em diferentes idades. Com o intuito de preservar a autonomia dessas pessoas ao longo do tempo, o Estado deve adotar políticas públicas voltadas a um envelhecimento ativo e saudável, sem promover a exclusão dos longevos do exercício de seus direitos. (BORGES; ALBERTON, 2020, p. 39).

Logo, “ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil” (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 17-18), uma vez que o princípio da isonomia proíbe preceito genérico ou concreto que limita a liberdade e autonomia das pessoas, estabelecendo diferença de tratamento baseado unicamente na idade cronológica.

Ainda no corpo do art. 5º, da Constituição Federal, é possível identificar um inciso que evidencia o repúdio do constituinte quanto ao desrespeito das liberdades fundamentais. Refere-se aqui ao inciso XLI, o qual estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Analisando-se esse dispositivo, observa-se que o constituinte incumbiu o legislador ordinário da missão de descrever como infração, especificando, por conseguinte, sua respectiva pena, a conduta de quem atentar contra os direitos e as liberdades fundamentais. (PINHEIRO, 2016, p. 53-54).

Nesse sentido, o artigo 1.641 inciso II do Código Civil é uma intervenção indevida do legislador nos direitos fundamentais dos idosos, uma vez que limita a escolha do regime de bens utilizando somente o critério da idade, o que infringe as disposições da Constituição Federal, uma vez que presume que o indivíduo se tornará vulnerável ao se envolver amorosamente, e com o intuito de proteger o patrimônio do longo, a norma restringe a liberdade do idoso de tomar decisões quanto aos seus bens. (GONÇALVES; RICALDONI, 2019, p. 12).

Logo, cumpre salientar que o Estatuto do Idoso confere proteção especial aos longevos com dispositivos que garantem a participação do idoso na sociedade e a manutenção da autonomia. E sem realizar uma presunção de incapacidade, o Estatuto impede que os idosos sejam vítimas de golpes com preceitos que preveem penalidades para os crimes financeiros praticados contra esses indivíduos.

Sem dúvidas, o Poder Judiciário tem importância crucial na efetivação dos direitos da pessoa idosa, pois será necessária a sensibilidade desse órgão para que os direitos previstos na CF/1988, no Estatuto do Idoso e outras leis sejam ou não observados. O Estatuto do idoso é uma lei que visa proteger uma minoria vulnerável, e, com certeza, muitos de seus dispositivos trarão conflitos, principalmente por envolver questões financeiras. (ALCANTARA, 2016, p. 366).

Diante do exposto, conclui-se que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil atenta contra os princípios constitucionais, uma vez que presume que o idoso é incapaz de contrair matrimônio pelo regime que melhor lhe aprouver pelo simples fato de atingir um certo patamar etário, o que pode ser traduzido como um preconceito contra os longevos, portanto, a norma

deve ser declarada inconstitucional por ferir os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade. (TARTUCE, 2020, p. 164).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imposição do regime de separação obrigatória de bens aos indivíduos com idade a partir de 70 anos chancela o preconceito da sociedade quando se trata de casamento realizado nesta idade. As pessoas acreditam que não é possível existir um matrimônio com um idoso por amor, e assim acabam disseminando o pensamento de que todo casamento realizado com um longo tempo é por interesse financeiro.

O processo de envelhecimento não pode ser compreendido de forma singular, tendo em vista que cada pessoa idosa enfrenta a fase da senilidade de modos diferentes. Enquanto alguns idosos têm conservado o seu poder de decisão, escolhendo realizar projetos que foram postergados pela falta de tempo, conhecendo novos lugares, trabalhando ou optando por ter uma vida mais calma, por outro lado existem longevos que foram acometidos por alguma enfermidade que os tornaram dependentes de um assistente para praticarem os atos da vida civil, portanto, é inviável presumir que todos os indivíduos ao chegarem em um certo patamar etário são incapazes de tomarem as próprias decisões.

O idoso viúvo ou solteiro, independentemente do gênero, possui a tendência de participar cada vez menos da sociedade com o avanço da idade, todavia, um relacionamento amoroso motiva o longo tempo a continuar se cuidando e a não se sentir sozinho, considerando ainda que muitos indivíduos quando chegam em um patamar etário são abandonados em casas de repouso para idosos, portanto, o casamento é capaz de proporcionar diversos benefícios para o longo tempo tanto no âmbito físico quanto emocional.

Apesar do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil não proibir o casamento dos idosos, essa norma limita o poder de escolha do longo tempo quanto ao regime de bens, o que evidencia uma ingerência desnecessária do Estado no planejamento familiar da pessoa idosa, uma vez que não deve ser restringida a autonomia da pessoa de tomar as próprias decisões simplesmente por atingir uma determinada idade. Mesmo que as enfermidades atinjam mais a população idosa, não significa, automaticamente, que esse indivíduo é incapaz de praticar os atos da vida civil em nome próprio, menos ainda de escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver.

A proteção integral do idoso não pode ser utilizada para limitar o direito à liberdade individual do longo tempo, tampouco ser pretexto para preconceito baseado na idade, uma vez que a senectude não está prevista dentre as circunstâncias que geram incapacidade previstas no artigo 4º do Código Civil, e não se pode presumir que o idoso, simplesmente por atingir um

certo patamar etário, é incapaz de praticar os atos da vida civil, tendo em vista que somente os menores de idade são presumidamente incapazes.

O Estatuto do Idoso impõe penalidade para pessoas que visam prejudicar a pessoa idosa financeiramente, entretanto o Estatuto não restringe a autonomia do longo para protegê-lo, diferentemente, do que ocorre com o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil que faz uma presunção de incapacidade e limita a escolha de regime de bens da pessoa que pretende se casar após os 70 anos.

Neste ponto, é possível inferir que a imposição do regime de separação legal de bens não protege os idosos, e sim o patrimônio que será herdado no futuro, provavelmente, pelos descendentes, tendo em vista que não há concorrência do cônjuge ou companheiro na sucessão na presença de descendentes, tampouco terá direito à meação caso não consiga comprovar que houve esforço comum na aquisição dos bens durante o casamento.

Diante do exposto, conclui-se que a retirada dessa norma do ordenamento jurídico não trará prejuízos para o idoso, tendo em vista que se trata de uma proteção do patrimônio do indivíduo e não do longo em si, logo, o Supremo Tribunal Federal precisa declarar a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, tendo em vista a sua natureza preconceituosa, que realiza uma presunção de incapacidade do idoso baseado tão somente na idade, afrontando os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

## REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira. **Da Política Nacional do Idoso ao Estatuto do Idoso**: a difícil construção de um sistema de garantias de direitos da pessoa idosa. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9128>. Acesso em: 29 set. 2021.
- BORGES, Gustavo; ALBERTON, Lucas de Costa. **A tutela da pessoa idosa na América Latina**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 06 out. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 9.921, de 18 de julho de 2019**. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a temática da pessoa idosa. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9921.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9921.htm). Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 06 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18842.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm). Acesso em: 29 set. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência: **REsp 1623858/MG 2016/0231884-4**. Relator: Ministro Lázaro Guimarães. Dj: 23/05/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: **REsp 1318281/PE 2012/0071382-0**. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Dj: 01/12/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 06 out. 2021.
- COUTO, Maria Clara de Paula *et al.* Avaliação de Discriminação contra Idosos em Contexto Brasileiro - Ageísmo. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 25, n. 4, p. 509-518, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/dkt7tRSPpN7zCnrrK4vG3Rc/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.
- GONÇALVES, Robert Souza; RICALDONI, Débora Moreira Maia. Presunção da incapacidade do septuagenário no regime de separação de bens em face da violação aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. **Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro**: Reconto, v. 2, n. 2, p. 1-24, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.33636/reconto.v2n2.e027>. Acesso em: 06 out. 2021.
- GRANDO, Juliana Bedin. **Promoção e garantia dos direitos de cidadania da pessoa idosa**: efetivação através das políticas assistenciais. 2017. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí - RS, 2017. Disponível em:

<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4207/Juliana%20B edin%20Grando.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 out. 2021.

GREIN, Franciane Suelin Ramos Soares; WECHINEWSKY, Patrícia Minini. A inconstitucionalidade na vedação à escolha de regime de bens para pessoas acima de setenta anos de idade. **Revista Científica Eletrônica Academia de Direito**, v. 1, n. 1, p. 119-145, nov. 2019. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2240](http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2240). Acesso em: 15 out. 2020.

NOTARI, Maria Helena de Aguiar; FRAGOSO, Maria Helena J. M. de Macedo. A inserção do Brasil na política internacional de direitos humanos da pessoa idosa. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 1, 259-276, jun. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100013>. Acesso em: 06 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de ação internacional contra o envelhecimento**. 2002. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. Disponível em: [http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/\\_manual/5.pdf](http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/5.pdf). Acesso em: 06 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Plano de Ação Internacional de Viena Sobre o Envelhecimento**. 1982. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/e-psico/publicas/humanizacao/prologo.html>. Acesso em: 04 out. 2021.

PINHEIRO, Naide Maria. **Autonomia da vontade da pessoa idosa: uma abordagem sob a perspectiva da observância do mínimo essencial**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/21588>. Acesso em: 04 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. v. 5.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução de Parte Geral**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. v. 1.

TEIXEIRA, Selena Mesquita de Oliveira; SOUZA, Luana Elayne Cunha de; MAIA, Luciana Maria. Ageísmo institucionalizado: uma revisão teórica. **Revista Kairós: Gerontologia**, v. 21, n. 3, p. 129-149, 2018. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/41448/27912>. Acesso em: 29 set. 2021.

VERDI, Natalia Carolina. **Autonomia, envelhecimento e uma abordagem interdisciplinar de decisões judiciais sobre negócios jurídicos**. 2018. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/21917>. Acesso em: 04 out. 2021.