REGIME DE CASAMENTO OBRIGATÓRIO IMPOSTO AOS MAIORES DE 70 ANOS FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Cleane Mendes Veloso[1]

Gabrielle Tamara Nunes Pereira[2]

Cristiano Barbosa[3]

RESUMO

Objetivo: Estudar a imposição de regime de casamento aos idosos frente aos princípios constitucionais. **Materiais e Métodos:** pesquisa exploratória, bibliográfica, documental, descritiva e revisão de literatura. **Resultados:** a restrição a livre escolha do regime de bens para os idosos mostrou-se precipitada por afetar a autonomia, a igualdade, a liberdade e a vida privada. **Conclusão:** o estabelecimento de regimes de casamento foi constituído ao longo da evolução normativa de forma que pode, ou não, haver comunicação de bens quando da separação ou constituição do casamento. A priori a empiria tende a revelar que o regime obrigatório imposto aos idosos frente aos princípios constitucionais poderia ser entendido como perda da autonomia para a escolha de seu próprio regime de casamento. Paralelamente, percebe-se o estabelecimento de Regime para a efetivação do casamento.

Palavras-Chave: Regime de Casamento. Idosos. Princípios. Capacidade civil.

MANDATORY MARRIAGE REGIME IMPOSED ON OVER 70 YEARS OLD BASED ON CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

Objective: To study the imposition of a marriage regime on the elderly in the face of constitutional principles. **Materials and Methods:** exploratory, bibliographic, documentary, descriptive research and literature review. **Results:** the restriction on the free choice of property regime for the elderly proved to be hasty as it affects autonomy, equality, freedom and private life. **Conclusion**: the establishment of marriage regimes was established throughout the normative evolution in a way that there may or may not be communication of assets when the marriage is separated or constituted. A priori, the empirical evidence tends to reveal that the mandatory regime imposed on the elderly in the face of constitutional principles could be understood as a loss of autonomy to choose their own marriage regime. At the same time, we can see the establishment of a Regime for the realization of the marriage.

Keywords: Marriage Regime. Seniors. Principles. Civilian capacity.

[1] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FUNORTE – UNIFUNORTE. E-mail: cleane.veloso@soufunorte.com.br.

[2] Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FUNORTE – UNIFUNORTE. E-mail: Gabriele.pereira@soufunorte.com.br.

[3] Mestre em História; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Direito Civil e Empresarial, empresarial avançado, Direito Eleitoral, Geografia, Meio Ambiente, Psicanalista. Bacharel em Economia, Administração e Direito.

INTRODUÇÃO

O instituto do casamento como é conhecido, e segundo o que se entende a partir das disposições doutrinárias, é fruto da evolução nas relações sociais e do modo como os indivíduos formavam a família. Nesse processo evolutivo foram estabelecidas normas envolvendo o contexto patrimonial dos que firmavam relação matrimonial via casamento. Desse modo, hodiernamente visualiza-se a regulação dos regimes de casamento, que permitem, ou não, a comunicação dos bens adquiridos pelos nubentes antes e durante o período da união ou casamento. Contudo, para maiores de 70 anos, houve a imposição do regime obrigatório em que não existe a comunicação do patrimônio sob a alegação de proteção ao idoso.

No contexto apresentado, o Código Civil/2002 ao tratar sobre a habilitação para o casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos aduz que o regime de bens adotado é o de separação obrigatória de bens. A imposição deste regime tem ocasionado diversos questionamentos sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. O que provoca discussões doutrinárias visto que a limitação na escolha do regime de bens, segundo parcela da doutrina é entendida como desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que limita a autonomia da vontade dos nubentes que apresentam capacidade civil.

Outro aspecto que contribui para a discussão anteriormente indicada é a identificação de quem é considerado idoso no Brasil, pois a Lei 10.741/2003 engloba os que possuem idade igual ou superior a 60 anos. Segundo Mazo (2001) e Machado (2019) em referência as percepções em termos internacionais, a exemplo da Organização Mundial da Saúde (OMS), considera-se que o idoso é aquele indivíduo com 65 anos, ou mais, que seja residente em país desenvolvido, já os residentes em países em desenvolvimento, 60 anos ou mais, pois essa definição está ligada a qualidade de vida dos cidadãos.

Por sua vez, a legislação previdenciária, caso fosse utilizada para discussão sobre quem é idoso no Brasil, estabelece o direito a aposentadoria o homem que tem 65 anos e a mulher que possuir 62 anos.

Doutrinariamente, o idoso não se encontra no rol dos incapazes e dos relativamente incapazes definidos pelos artigos 3° e 4° do Código Civil. Até mesmo pelo fato de que não existem impedimentos para a prática de outros atos na vida cível, podendo o mesmo contrair obrigações e direitos. Exceto no sentido indicado pela imposição do regime de casamento.

Diante desses aspectos, para alguns estudiosos há entendimento de que a norma e parte da doutrina, indiretamente, trazem a ideia de que no regime obrigatório os indivíduos

desenvolvam algumas fragilidades após os 70 anos. No entanto, a idade avançada por si só não elimina imediatamente as habilidades de ninguém, especialmente se é considerada a qualidade de vida proporcionada pelos avanços tecnológicos ligados a tratamentos médicos e a medicina segundo Silva (2009) e como deixa a entender Dias (2022) e Venosa (2018).

Paralelamente, a imposição do regime de casamento aos idosos deve ser vista frente aos princípios normativos, em especial os contidos na Constituição Federal. Os princípios consagrados constitucionalmente servem como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa; como guias a nortear a opção de interpretação de outras normas, conforme Bastos (2000), Dias (2022), Cunha e Borges (2021).

Em face das visões sinteticamente apresentadas foi estabelecido como problema a ser respondido pelo artigo: o regime de casamento obrigatório imposto aos maiores de 70 anos fere os princípios constitucionais? A hipótese criada é a de que a imposição de regime de casamento aos idosos ferem princípios constitucionais relativos à dignidade e a igualdade. Para responder o problema foi estabelecido o objetivo geral: analisar a imposição de regime de casamento aos idosos frente aos princípios constitucionais. Já os objetivos específicos foram: levantar o entendimento normativo e doutrinário sobre idosos; identificar com base na lei os regimes de casamento e o que é imposto aos idosos; analisar a visão normativa e doutrinária sobre os princípios constitucionais aplicáveis aos regimes de casamento de idosos; avaliar se a imposição do regime legal aos idosos afetam princípios constitucionais (BASTOS, 2000; CUNHA; BORGES, 2021; DIAS, 2022).

Para alcançar os objetivos e responder ao problema de pesquisa foram adotados os seguintes métodos de pesquisa: hipotético-dedutivo, descritivo exploratório, documental, bibliográfica e revisão de literatura. O método de pesquisa hipotético-dedutivo fora estabelecido como forma de confirmar ou refutar a hipótese levantada, por comunicar com os demais métodos estabelecidos na pesquisa. A pesquisa exploratória fora utilizada como forma de permitir a compreensão do assunto de modo a formular e estabelecer objetivos de pesquisa.

A pesquisa descritiva foi empregada por ser efetivada a dissertação das visões teóricas sobre a imposição do regime de casamento aos maiores de 70 anos, no modo como os doutrinadores as apresentam e as visões normativas sobre o tema de forma a contribuir, juntamente com a leitura dos textos, para o estabelecimento da base de referência teórica.

Para a pesquisa documental foram analisados documentos de publicação de órgãos oficiais como as leis editadas pelo Planalto Central, julgados efetuados pelos próprios tribunais, instruções normativas, notas de esclarecimentos, súmulas, entre outros.

A pesquisa bibliográfica desenvolveu-se tanto em biblioteca física quanto virtual para realizar o levantamento do material disponível sobre o tema com o intuito de selecioná-lo e efetivar a revisão de literatura o que a torna uma forma complementar e interdependente, em certa medida, do método descritivo e exploratório. Nesta, foram empregados os termos chave: regime de casamento, imposição de regime de casamento para idosos, imposição de regime legal e princípios constitucionais, contradição entre regime legal e capacidade civil do idoso. O levantamento bibliográfico foi efetivado entre os meses de fevereiro a maio de 2022.

Houve a inclusão das bibliografias que apresentaram relação direta com a temática estabelecida, que apresentavam texto completo em português e que apresentavam condução de exposição no sentido de divergências e equivalências de abordagem e raciocínio, para a partir do confronto das disposições normativas e hipóteses com as tais visões de forma a poder se estabelecer uma conclusão.

VISÃO NORMATIVA E DOUTRINARIA SOBRE OS IDOSOS

O Código Civil, ao tratar sobre a habilitação para o casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos, aduz que o regime de bens adotado é o de separação obrigatória de bens. A imposição deste regime tem ocasionado diversos questionamentos sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. A identificação de quem é considerado idoso no Brasil segue a indicação da Lei 10.741/2003 e engloba os que possuem idade igual ou superior a 60 anos.

Ocorre que o idoso não se encontra no rol dos incapazes e dos relativamente incapazes definidos pelos artigos 3° e 4° do Código Civil (BRASIL, 2002). Soma-se a isso o fato de que, em uma perspectiva empirista, é possível considerar o seguinte aspecto: pensar que o idoso não está apto para exercer os atos da vida civil, ainda mais com o aumento da expectativa de vida, seria desonrar sua condição imputando-lhe a presunção de incapacidade, o que é ilegítimo para o ordenamento jurídico, especialmente se for considerada a visão constitucional sobre igualdade.

A incapacidade do idoso para exercer seus atos da vida civil não pode ser presumida pela sua idade avançada, pois, conforme disposições legais, o idoso possui o direito de envelhecer com dignidade, devendo esse termo ser analisado amplamente e não apenas no contexto de saúde.

Complementarmente, o Estatuto do Idoso em seu artigo 4º assegura: “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, 2013). Além disso, o mesmo estatuto no seu artigo 2º, caput, dispõe que:

> Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando--lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2013).

A partir das disposições dos artigos e considerando que todos são ou deveriam ser iguais em dignidade, a sociedade e o legislativo devem garantir o direito do idoso, o respeito e a qualidade de vida. Promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana em sentido amplo, o que inclui o direito de decidir por si mesmo o que fazer e como fazer, além de aceitar assumir ou não obrigações civis, conforme disposição legal do artigo 1º e 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Destaca-se que a divergência normativa sobre a definição da idade em que a pessoa é considerada idosa se mostra desarrazoada, pois ao avaliar as legislações previdenciárias, o Código Civil, o Estatuto do Idoso e as disposições da Organização Mundial da Saúde percebe-se que tal definição se efetiva conforme a pertinência e finalidade almejada pelo Estado. O que, em alguns aspectos, segrega o idoso, especialmente quando a norma o entende capaz para determinados atos da vida civil enquanto que para outros não o vê com indivíduo capaz, como no caso de decidir pelo regime de casamento.

Essa forma de tratamento normativo limita o indivíduo idoso e coloca em discussão a real proteção da lei quanto ao regime de casamento que lhe é imposto. Se objetiva somente a proteção do idoso, ou se ela se volta especificamente para o patrimônio do mesmo, como forma de garantir a sucessão.

Destaca-se ainda a incongruência ao confrontar as normas com a indicação constitucional da não discriminação, da igualdade, da dignidade, do respeito à liberdade e do direito a vida privada e não interferência do Estado. Em face do exposto, torna-se viável a apresentação de aspectos relativos aos regimes de casamento que podem ser impostos àquele que é chamado de senil conforme segue no tópico seguinte.

REGIMES DE CASAMENTO E IDOSOS

Os regimes de casamento existentes no Código Civil decorrem da evolução na perspectiva quanto ao patrimônio individual e do casal. Tais regimes, em certa medida, envolvem aspectos relativos à sucessão, conforme alguns estudiosos deixam a entender. Em complementação, Pacheco afirma (2017, p. 84):

> O Código Civil de 2002 nos traz uma variedade de possibilidades de regimes, prevendo como padrão: a comunhão parcial; a comunicação universal; a separação (legal e convencional de bens); e a participação final nos aquestos. Em que pese o fato de que tenha o legislador previsto alguns regimes, optou por não retirar dos cônjuges o exercício da autonomia privada (excetuada a hipótese do artigo 1.641 do CC/02), possibilitando os consortes estipulações de cunho econômico diversas no pacto antenupcial e conferindo-lhes a possibilidade de compor regimes mistos, artigos 1.639 e 1.640, parágrafo único, do CC/02.

Em termos gerais, o estudo da normativa civil conduz para o entendimento de que antes da realização do casamento deverá ser escolhido o regime de bens mediante pacto antenupcial, de acordo com os regimes previstos em lei. Pereira (2021) estabelece os principais regimes de bens. Dentre eles:

Regime de comunhão parcial: nesse regime, todos os bens adquiridos durante o casamento ou união estável, deverão ser partilhados entre os conjugues. Cabe ressaltar que todos os bens da partilha devem ser de título oneroso. Em consonância ao artigo 1.659 do CC.

> Excluem-se da comunhão: I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes" , deste modo, quais sejam, os bens por herança, doação ou recebidos estão fora da partilha. (BRASIL, 2002).

Regime de comunhão universal: todos os bens dos nubentes, adquiridos no presente e futuro deverão ser partilhados entre os cônjuges ou companheiros, inclusive as dívidas adquiridas ao longo da união. Ambos passam a ser meeiros sobre o patrimônio comum, com exceção dos bens elencados no art. 1.668 do Código Civil:

> São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a

> cláusula de incomunicabilidade; V – Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (BRASIL, 2002).

Regime de Separação Total: nessa modalidade não há divisão de bem entre o conjugues, mas poderá ser herdeiro, desde que o regime não seja de separação obrigatória, como discorre o artigo 1.829 do Código Civil:

> A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

De acordo com o artigo, todos os bens atuais e adquiridos ao longo da relação serão de propriedade individual de cada nubente, sendo os mesmos incomunicáveis.

A imposição agride o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, que discorre acerca da liberdade individual e o princípio da dignidade humana, pois aduz preceitos sobre as pessoas idosas, no que se refere à vulnerabilidade em relação a sua idade, tornando-os incapazes de escolher o regime de bens no ato do casamento. (BRASIL, 1988).

Regime da participação final nos aquestos: conforme entendimento de Gonçalves (2022), este regime "é misto: durante o casamento aplicam-se todas as regras da separação total e, após sua dissolução, as da comunhão parcial. Nasce da convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial". As disposições contidas no artigo 1.672 do Código Civil nos dizem que:

> No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (BRASIL, 2002).

Considerando a citação, deve ser esclarecido que aquestos são aqueles bens adquiridos, nesse regime, onerosamente na constância do casamento. Não é um regime muito usado no Brasil.

Destacam-se as mudanças na estrutura familiar ocorridas nas últimas décadas e a sucessiva observação desse fato pela legislação e jurisprudência brasileira. As organizações familiares são ditas plurais pelo fato de dependerem da escolha de seus membros, o que pode inclusive afetar o regime de bens escolhido por aqueles que se unem para formação de uma família. (MORAES, 2018).

Sendo assim, a não escolha do seu próprio regime de casamento implica em discriminação referente à capacidade do idoso, portanto, tal imposição fere os princípios constitucionais que devem alcançar a todos, conforme disposição da Constituição Federal de 1988.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A IMPOSIÇÃO REGIME DE CASAMENTO AOS IDOSOS

Quanto aos regimes de casamento, e caso fosse oportunizado aos maiores de 70 anos escolher o regime, o entendimento que se poderia chegar é de que eles poderiam ajustar o regime de casamento tornando-o mais protetivo, o que implicaria em respeito à liberdade, vida privada, dignidade humana, isonomia, entre outros.

Conforme o entendimento de Venosa (2020), Goncalves (2022) e Rodrigues (2002, p.17), o casamento é um "contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência".

Em face do exposto, surge a discussão em relação ao fato dos idosos receberem tratamento diferenciado e a priori negativo, pois a proteção em relação ao regime de casamento o trata de maneira discriminatória, desconsiderando a sua capacidade cognitiva, assim como a própria capacidade civil.

O Regime de bens consiste em um conjunto de regras juridicamente definidas, a serem escolhidos antes da celebração do casamento, que dizem respeito à administração dos bens durante a constância do casamento. Tais regimes estão elencados na atual legislação civil estabelecendo quatro modelos distintos: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total de bens, conforme Venosa (2020).

Valioso ressaltar as situações excepcionais contidas no artigo 1.621 do Código Civil, estabelecendo que "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos" (BRASIL, 2002).

Considerando a indicação do artigo 1621 do Código Civil/2002, Gonçalves (2022) e Sarlet (2005, p.35) entendem que na condição de princípio fundamental, ter-se-ia que a dignidade da pessoa humana constitui um valor que serve de guia não apenas dos "direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa". Por

este aspecto, o inciso II do artigo poderia conflitar com alguns princípios fundamentais contidos na constituição federal.

Conforme preceitua Cunha; Borges (2021) e Lôbo (2009, p.302) impor e obrigar a pessoa idosa que somente case com determinado regime de bens, confronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana "por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo à tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. ".

Diante disso, com o advento do Código Civil de 2002, faz-se necessário observar também a aplicação da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal que passou a ser muito questionada. Acerca do tema Bonilha Filho (2020, s/p) explica:

> Para o STJ, a Súmula 377/STF, isoladamente, não confere ao cônjuge o direito à meação dos bens adquiridos durante o casamento sem que seja demonstrado o esforço comum. A nova interpretação se consolida no fato de que o esforço comum antes presumido agora deverá ser necessariamente provado, pois aquele que alega haver contribuído para a aquisição do patrimônio deverá fazer comprovação de tal fato. A contribuição não necessita ser material, devendo ficar apenas demonstrado pela análise do caso concreto o auxílio que pode estar justificado até mesmo na comunhão plena de vida existente entre os cônjuges, tornando-se, assim, fundamento bastante para a comunicação, com fulcro em contribuição imaterial.

Sendo assim, pode-se observar que a demonstração de esforço para aquisição dos bens na constância do casamento implica na comprovação de que o idoso possui plena capacidade de escolha de seu regime, já que existe a possibilidade da aplicação da súmula para a comprovação de boa-fé em relação aos nubentes.

A determinação do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos designa a incapacidade para a escolha do regime de bens que será adotado na realização do casamento. Reprimir o direito de escolha dos nubentes torna-os relativamente incapazes para desenvolver os atos da sua vida civil. Cabe ressaltar que tal imposição gera constrangimento e discriminação para o sujeito colocando em discussão sua capacidade civil ao privar o idoso de se casar de forma livre e rever sua própria vontade, pois, tal imposição tem tendência de proteção apenas do patrimônio.

Segundo Dias (2017), considerar que a regra do artigo 1.641, II, do Código Civil estabelece restrições na esfera volitiva e patrimonial das pessoas idosas, onde se presume a incapacidade dos mesmos, gera uma situação discriminatória e dá a impressão que existe uma sanção administrativa, pois a sociedade atual vivencia uma evolução do conceito de família e o aumento da expectativa de vida da população, além da existência do Estatuto do Idoso que

atribui às pessoas, a partir dos 70 anos, proteção integral de seus direitos, objetivando seu envelhecimento digno.

Corroborando com esse sentido, Silva (2002, p. 1.451) aduz o seguinte:

> Em regra geral, vigora o princípio da autonomia da vontade, ou da liberdade, quanto à escolha pelos nubentes de um regime de bens tipificado em lei ou de um regime de bens tipificado em lei ou de um regime misto, ou ainda, de regras especiais, desde que a convenção não prejudique os direitos conjugais ou paternos, ou outra disposição absoluta da lei, casos em que a convenção será havida como nula. Essa autonomia na escolha de regras mistas ou especiais advém do caput destes dispositivos, inobstante o art. 1.640, parágrafo único estabeleça que os nubentes, no processo de habilitação possam escolher qualquer dos regimes tipificados neste Código.

A imposição faz de forma ingente, deixando de lado a possibilidade dos nubentes em discutir o assunto em juízo para que seja aplicado outro regime de bens, assim sendo, se encontra ausente o princípio da autonomia da vontade da pessoa humana.

De forma complementar, deve ser mencionado o fato de que, conforme o artigo 10, parágrafo 1º da lei nº 8.842/94, o idoso poderá dispor livremente de seus bens, salvo quando a incapacidade do idoso for comprovada judicialmente. No contexto indicado, ter-se-ia conflito de normas que afetam a liberdade e a não intervenção do Estado na vida privada (BRASIL, 1994).

No sentido apresentado o idoso não casaria, mas disporia dos bens como desejasse àquele com quem firmasse convivência conjugal. Tal aspecto demonstra a incoerência normativa e incompatibilidade das regras sobre o idoso, quanto ao que pode ou não fazer, no contexto de obrigações civis concernentes ao casamento comparativamente a outras esferas, revelando afetação a dignidade do indivíduo.

O artigo 5º caput da Constituição Federal de 1988, trata do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o Estado impõe o regime de bens ao casamento das pessoas idosas, tratando-os de forma diferente dos demais, colocando os mesmos como incapazes de escolher o regime de bens.

Os princípios constitucionais são de extrema valia, já que se constituem como ápice do sistema jurídico, uma vez que seu texto serve de critério para a elaboração de futuras normas (MARCO, 2008, DINIZ, 2021 e DIAS, 2022).

Diante disso, pode-se observar que tal obrigatoriedade atribuída ao regime de casamento da separação de bens àqueles maiores de 70 anos se torna inconstitucional, já que se opõe aos mais importantes princípios constitucionais como o da igualdade, da liberdade, da isonomia, da segurança, da dignidade da pessoa humana. Pois, mesmo tendo atendido a todos os requisitos

formais de sua elaboração, padece de vício material de constitucionalidade. Tais princípios são objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e tem, nesse particular, sua eficácia ameaçada pelo comando do inciso II do artigo 1641 do Código Civil, o que não pode prevalecer (SILVA, 2015).

Conforme entendimento de Mello (1987, p.233), corroborado por Santos (2021), os princípios constitucionais são:

> Preceito nuclear de um sistema, verdadeiro baldrame dele, disposição essencial que se radia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de juízo para sua perfeita compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Por conseguinte, a aplicação adequada dos princípios constitucionais pode gerar e efetivar direitos constitucionalmente e infraconstitucionalmente estabelecidos no sentido de respeito à vida privada e liberdade de escolha dos indivíduos, incluindo a escolha do regime de casamento a ser adotado.

Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 não incluiu a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, mas a considerou expressamente nos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do artigo 1º.

Determinada não só pela Carta Magna de 1988, mas também está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22:

> Art. 22 Todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. (BRASIL, 1988).

Diante disso, é possível observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não está sendo reconhecido, visto que o idoso não pode se quer escolher seu próprio regime de casamento. O que afeta a realização de afirmações positivas em relação ao idoso (considerá-lo apto para escolha do regime de casamento), incluindo o reconhecimento de autodisponibilidade sem interferências ou impedimentos externos, incluindo lei que se revela desarrazoada em relação à configuração atual da sociedade e expectativa de vida dos idosos.

Princípio da igualdade

A Constituição de 1988 prevê em seu art. 5º, caput, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Entende Silva (2008, p. 212) acerca do conceito de igualdade:

> O conceito de igualdade provocou posições extremadas. Há os que sustentam que a desigualdade é a característica do universo. Assim, os seres humanos, ao contrário da afirmativa do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nascem e perduram desiguais. Nesse caso a igualdade não passaria de um simples nome, sem significação no mundo real, pelo que os adeptos dessa corrente são denominados nominalistas. No pólo oposto, encontram-se os idealistas, que postulam um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Afirma-se, em verdade, uma igualdade natural ligada a hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta.

Diante do exposto, observa-se que o princípio da igualdade deve ser proposto a todos, devendo ser observado o direito de tratamento idêntico pela lei em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, deve ser vedada qualquer diferenciação ou discriminação voltada ao cidadão, o que inclui o direito de escolha do regime de casamento conforme capacidade do idoso.

Princípio da liberdade

O conceito de liberdade vem se tornando algo mais subjetivo em nosso cotidiano. Diante disse, Silva (2008, p. 233), dispõe:

> O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto a definição de Rivero: "a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessário à realização da felicidade pessoal.

Sendo assim, a liberdade deve ser aquela que coincida com os pressupostos afixados pela Constituição em vigor, já que a mesma dá legitimidade a liberdade, harmonizando-se com ela. Em suma, em dúvida sempre se prevalecerá a liberdade, posto que esse direito não se restringe por suposições ou arbítrios que o vigoram (SILVA, 2008).

Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade prevê que todos os indivíduos, desde que possuam capacidade jurídica, possuem o poder para praticar atos e assumir obrigações consoantes a sua vontade.

Nesse sentido, Diniz (2011, p. 40), retrata o princípio da autonomia da vontade, como "o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica".

No contexto indicado por Diniz (2021) é que se questiona a imposição do regime de casamento aos idosos limitando a autonomia da vontade, especialmente se o idoso possuir capacidade cognitiva e não sofrer processo de intervenção por parte de familiares.

Princípio da isonomia

Dias, dispõe que (DIAS, 2015, p. 47):

> A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo seu dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida.

Diante disso, verifica-se que tal norma (imposição de regime de casamento ao idoso) fere o princípio da isonomia, sendo que caracteriza um tratamento desigual, pois restringe sua liberdade de escolha quanto ao seu próprio regime de casamento.

Mesmo que haja parcela da doutrina que indique não haver discussão sobre a imposição de regime de casamento ao idoso essa visão deve ser revisada, pois, o contexto social e de qualidade de vida pode implicar na não incapacidade do idoso, e, portanto, impor-lhe regime obrigatório de casamento é no mínimo reduzi-lo a tratamento discriminatório e interventor negativo em sua vontade.

Vida privada

O Art.5º, X, da CF/88, prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 1998).

Diante disso, pode-se verificar que a imposição do regime obrigatório de bens aos idosos interfere diretamente na vida privada da pessoa, sendo que essa não possui autonomia para a escolha de seu próprio regime de casamento. Além disso, se trata de exposição de sua vida, o que pode até mesmo resultar em danos psicológicos irreparáveis.

Deve-se somar as indicações anteriores, que a súmula 377 do STF tem aberto espaço para que sejam estabelecidas escolhas, ainda que indiretas, de regime de casamento pelos idosos. Há, além disso, o fato de que o Código Civil/2002 não cria impedimento para disposição dos bens do idoso fora dos aspectos da relação de casamento, o que lhe permite gerar transferência dos seus bens àquele com quem mantém convivência conjugal. Por tal fato, a imposição de regime de casamento aos idosos se mostra contraditória e desprovida de finalidade efetiva (BRASIL, 2002).

CONCLUSÃO

Diante das exposições quanto aos regimes de casamento, e caso fosse oportunizado aos maiores de 70 anos escolher o regime de casamento, o entendimento que se pode chegar é o de que eles, se assim desejassem, poderiam ajustar o regime de casamento tornando-o mais protetivo, o que resultaria em respeito à liberdade, vida privada, dignidade humana e isonomia.

Em face do exposto, surge a discussão em relação ao fato do idoso estar recebendo tratamento diferenciado e, a priori, negativo, pois a proteção em relação ao regime de casamento o trata de maneira discriminatória, desconsiderando sua capacidade cognitiva, assim como a própria capacidade civil.

Diante de toda discussão conclui-se que o problema de pesquisa e as hipóteses criadas se confirmam. Visto que, a constituição de família estabelece que o casamento deva observar os princípios constitucionais, sendo que não há dúvidas que a comunhão também implica em interesses econômicos. Portanto, não estão isentos de cumprir os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada, da igualdade e da solidariedade social.

O processo de interpretação constitucional deve ser informado por princípios que contêm a síntese dos valores mais relevantes de uma ordem jurídica. Princípios estes que possuem as decisões políticas fundamentais e que dão unidade ao sistema constitucional.

Assim, os princípios possuem função determinante no ordenamento jurídico e político considerado de forma singular, sendo que a ordem principiológica, uma vez constitucionalizada, serve como base normativa para o surgimento da edificação normativa.

Assim, diante das considerações apresentadas, depreende-se a importância dos pressupostos presentes no ordenamento jurídico, pois não existe possibilidade de aplicação de sanção sem o reconhecimento dos novos arranjos familiares que vem sendo delineada e que abrangem os indivíduos maiores de setenta anos. E, principalmente, por essa nova forma de

constituição familiar ser protegida pela Constituição Federal de 1988, garantindo aos idosos os mesmos direitos dados a quem possui idade inferior e capacidade civil.

Além disso, se o idoso é capaz para atos da vida civil porque não seria para contração de matrimônio e determinação do que fazer com o patrimônio? Essa é outra pergunta que fica como sugestão para novos estudos, e seu desenvolvimento contribui para ressaltar e revelar ainda mais as incoerências legislativas presentes no direito civil brasileiro que necessitam ser revisadas. Mesmo porque, ao idoso que não optar por casar oficialmente, mas desejar manter relação conjugal em união estável não há impedimentos para transferir bens ao parceiro, exceto os limites impostos pelo direito sucessório.

Tal fato revela afetação negativa dos princípios constitucionais, quando da imposição de regime de casamento aos tidos idosos no contexto atual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2013.**Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 21 set. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONILHA FILHO, Márcio Martins. **O afastamento da aplicação da súmula 377, do STF para os casamentos a serem realizados com a imposição do regime de separação obrigatória de bens**, 2020. Artigo. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/1424/. Acesso em: 14 mar. 2022.

CUNHA, Leandro Barbosa da; BORGES, Fabiana Aparecida Ferreira Peres. **A derrotabilidade da exigência do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos em face das circunstâncias de cada caso concreto.** IN: Instituto Brasileiro De Direito De Familia – IBDFAM. 18, ago. 2021. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1739/A+derrotabilidade+da+exig%C3%AAncia+do+regime+de+separa%C3%A7%C3%A3o+obrigat%C3%B3ria+de+bens+aos+nubentes+maiores+de+sete

nta+anos+em+face+das+circunst%C3%A2ncias+de+cada+caso+concreto. Acesso em 19 mai. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice**, Manual de Direito das Famílias**, 10º ed., 2015.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 15. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das Obrigações Contratuais e Extrac**ontratuais. 26ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

DINIZ. Maria Helena. **Curso De Direito Civil Brasileiro: direito da familia.** 35ª ed. São Paulo: Sariava, v5, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: direito de Família.**19. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais,1987.

MACHADO, Katia. **Quem é a pessoa idosa?** Decisão da Justiça fluminense, que considerou idoso só quem tem 65 anos ou mais, coloca em xeque os direitos da população que mais cresce por aqui e no mundo. Professor-pesquisador da EPSJV/Fiocruz avalia que, neste caso, sobressaem os interesses econômicos em detrimento das demandas da pessoa idosa. IN: FUNDAÇÃO FIOCRUZ. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/quem-e-a-pessoa idosa#:~:text=Para%20a%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da,lei%2010.741)%2C%20de%202003. Acesso em: 21 set. 2021.

MAZO, Giovana Z; LOPES, Marize A.; BENEDETTI, Tânia B. **Atividade física e o idoso: concepção gerontológica.** Porto Alegre: Sulina, 2001.

MARCO, Carla Fernanda. **Dos princípios constitucionais,** 2008 Disponível em**:** http://www.politano.com.br/publicacoes.aspx?id=978. Acesso em: 21 set. 2021.

MORAES, Carolina Rezende**. Casamento: da caracterização da natureza jurídica aos direitos e afetos nas relações conjugais.** Monografia (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2018. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/21443/1/2018_CarolinaRezendeMoraes_tcc.pdf. Acesso em 13 out. 2021.

PACHECO, Nivea Maria Dutra, **Direito Civil V**, 1ª ed. Rio de Janeiro, Editora Seses, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. vol. VI. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Alessandra Vilela. **A Obrigatoriedade do regime de separação de bens para pessoas maiores de setenta anos frente ao digesto civilista e aos princípios constitucionais vigentes**. Disponível em: https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2927/1/A%20OBRIGATORIEDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARA%C3%87%C3%83O%20DE%20BENS%20PARA.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Kellen Santiago dos. **A imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos:** uma análise frente aos princípios constitucionais. Trabalho de Conclusão de Curso (bacharel em direito) Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2716/1/TCC%20-%20Kellen%20Santiago%20dos%20Santos.pdf. Acesso em 19 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. ampl. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, V5, 2018.

_____. Direito Civil Família, 17ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2020.