

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Giovanna Ferreira Rodrigues

Análise da Constitucionalidade do Regime de Separação Obrigatória de Bens para
Maiores de Setenta Anos

Graduação em Direito

São Paulo
2025

Giovanna Ferreira Rodrigues

Análise da Constitucionalidade do Regime de Separação Obrigatória de Bens para
Maiores de Setenta Anos

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de BACHAREL em **Direito**, sob a orientação do prof. **Renato Bart Pires**.

São Paulo

2025

Rodrigues , Giovanna Ferreira
Análise da Constitucionalidade do Regime de Separação
Obrigatória de Bens para Maiores de Setenta Anos. / Giovanna
Ferreira Rodrigues . -- São Paulo: [s.n.], 2025.
p. ; cm.

Orientador: Renato Barth Pires .
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Graduação em Direito,
2025.

1. Regime de Separação Obrigatória de Bens . 2. Direito a
Dignidade . 3. Direito a Igualdade . I. Pires , Renato
Barth. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Trabalho de Conclusão de Curso para Graduação em Direito.
III. Título.

CDD

Banca Examinadora

À comunidade da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo pelo apoio
permanente.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por sempre me apoiarem, bem como, por tornar essa graduação possível.

Agradeço as minhas amigas por fazer desses 5 anos os melhores de todos.

Por fim, agradeço ao filho da PUC, Rogerio Baldo.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade. (Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos)

RESUMO

RODRIGUES, Giovanna Ferreira. **Análise da Constitucionalidade do Regime de Separação Obrigatória de Bens para Maiores de Setenta Anos.**

A presente monografia analisa de maneira crítica a constitucionalidade do art. 1.641, inc. II do CC/2002, que impõem o regime de separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de 70 anos, portanto, averigua-se a compatibilidade do referido regime com o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito a igualdade.

Verifica-se, por meio do exame da conjuntura jurídica e histórica, a pertinência dessa norma perante o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, frente a Constituição Federal de 1988 e o contexto atual, em que há a crescente valorização da autonomia da vontade e da igualdade.

Dessa forma, através da análise dos dispositivos legais, doutrina e jurisprudência, bem como, pesquisa bibliográfica, o presente trabalho questiona a manutenção do regime de separação de bens obrigatória para septuagenários.

Isso pois, conforme demonstrar-se-á a seguir, perpetua estereótipos e preconceitos, assim como, constitui restrição arcaica e injustificada a autonomia da vontade simplesmente em razão da idade.

Para tanto, imperiosa a necessidade de repensar a aplicação compulsória do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, em virtude da inadequação a realidade contemporânea, bem como, a dignidade e igualdade.

Palavras-chave: Regime de Separação Obrigatória de Bens, Dignidade da Pessoa Humana; Igualdade; Autonomia da Vontade; Incapacidade; Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

RODRIGUES, Giovanna Ferreira. **Analysis of the Constitutionality of the Mandatory Property Separation Regime for Individuals Over Seventy Years Old**

This monograph critically analyzes the constitutionality of Article 1,641, item II of the Brazilian Civil Code (CC/2002), which imposes the mandatory property separation regime on individuals over 70 years of age who intend to marry. It thus examines the compatibility of this legal provision with the principles of human dignity and equality.

Through an examination of the legal and historical context, the relevance of this norm within the Brazilian legal system is evaluated, particularly in light of the 1988 Federal Constitution and the current context, which increasingly values autonomy of will and equality.

Accordingly, through the analysis of legal provisions, legal doctrine, and case law, as well as bibliographic research, this study questions the continued imposition of the mandatory property separation regime for septuagenarians.

As will be demonstrated below, this legal imposition perpetuates stereotypes and prejudices, and constitutes an archaic and unjustified restriction on autonomy of will solely based on age.

Therefore, there is a pressing need to reconsider the compulsory application of the mandatory property separation regime for individuals over seventy, due to its misalignment with contemporary reality, as well as with the principles of dignity and equality.

Keywords: Mandatory Property Separation Regime; Human Dignity; Equality; Autonomy of Will; Legal Incapacity; Unconstitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
CC/2002	Código Civil de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Inc.	Inciso
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	REGIME DE BENS	12
2.1	Regime de Separação de Bens	12
2.2	Regime de Separação Obrigatória de Bens	13
3	APARENTE CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS	16
3.1	O Direito de Propriedade	16
3.2	O Direito de Herança	17
3.3	Intersecção de Direitos	19
4	INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS	20
4.1	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	20
4.2	O Direito à Igualdade.....	23
5	AFASTAMENTO DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS.....	28
5.1	Controle de Constitucionalidade	28
5.2	Hermenêutica jurídica	30
5.3	Tema nº 1.236 do Supremo Tribunal Federal	33
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
	REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O matrimônio é um instituto de extrema relevância, na medida em que reconhece a união entre duas pessoas no âmbito legal, social, cultural e religioso, originando diversos direitos e deveres.

Cumprе mencionar que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, aproximadamente dos divórcios no Brasil são devidos a problemas financeiros, ou seja, os deveres de cunho patrimonial.

Nesse âmbito, o regime de bens escolhido pelos cônjuges ocupa aspecto central, uma vez que rege as relações de cunho patrimonial do casal, delimitando a forma administração e partilha dos bens na constância e no término da união.

O Código Civil de 2002 elenca os regimes bens a serem escolhidos pelos nubentes, pautados, em regra, no princípio da autonomia da vontade. Isso significa que, há exceções, uma delas prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002, o qual estabelece a adoção do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos.

Destarte, a imposição do determinado regime, única e exclusivamente em razão da idade, suscitou amplos debates no âmbito jurídico a respeito de sua constitucionalidade.

A presente monografia propõe-se, portanto, a analisar de maneira crítica a compatibilidade norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

Através do exame da conjuntura jurídica e histórica, fundamentada na doutrina e na jurisprudência, bem como, na análise sistemática da legislação, averigua-se as razões de fato e de direito para a manutenção da referida norma.

2 REGIME DE BENS

Segundo Silvio Salvo Venosa, o matrimônio visa promover a cooperação entre os cônjuges no âmbito material, moral e espiritual. Para tanto, uma vez constituída a união estável ou o casamento, são originados direitos e obrigações de cunho pessoal e patrimonial.

Em virtude dos objetivos deste trabalho, far-se-á apenas a análise dos direitos e obrigações de cunho patrimonial, os quais estão diretamente relacionados com o regime matrimonial de bens, isto é, segundo Flávio Tartuce:

“o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada”

Em conformidade com o doutrinador supracitado, destaca-se que, em regra, devido ao princípio da autonomia da vontade e ao direito à liberdade, o ordenamento jurídico possibilita aos nubentes a escolha de alguns regimes de bens.

Logo, o conjunto de normas e princípios que regem as relações de interesse econômico dos cônjuges na constância do matrimônio, estão de acordo com o regime de bens escolhido por eles, ou seja, o regime de comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e regime de separação de bens.

2.1 Regime de Separação de Bens

Devido aos objetivos deste trabalho, far-se-á somente a análise do regime de separação de bens e, posteriormente, do regime de separação obrigatória de bens, o primeiro, assim como, o segundo, é aquele em que cada cônjuge possui um patrimônio distinto e independente. Maria Helena Diniz conceitua o referido regime:

“O regime de separação de bens vem a ser aquele em que cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. Portanto, existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher”.

Destarte, conforme pontua a professora, salienta-se que os bens presentes e futuros que constituem e constituirão o patrimônio de cada nubente são incomunicáveis.

Isso significa que, não há a comunicabilidade apenas dos bens que cada qual já possuía antes do matrimônio, mas também aqueles que adquire na constância desse.

Portanto, uma vez que o patrimônio dos cônjuges são completa e indistintamente separados um do outro, o regime não constitui qualquer espécie de influência na esfera pecuniária dos consortes. Dessa forma, o art. 1.687 do CC/2002 determina que:

“Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

2.2 Regime de Separação Obrigatória de Bens

Em determinadas circunstâncias, a adoção do regime de separação de bens é obrigatória em virtude de lei, na medida em que o legislador pretendia conferir proteção ao nubente ou a terceiros, bem como, impor sanção aos cônjuges, nos termos do artigo 1.641 do CC/2002:

“Art. 1.641. **É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:**
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - **da pessoa maior de 70 (setenta) anos;** (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.” (g.n)

Todavia, o referido instituto não constitui uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro. Devido à forte influência religiosa, sobretudo católica, o casamento era considerado uma instituição essencialmente religiosa, logo, não havia de que se falar em efeitos patrimoniais do casamento, uma vez que que não era considerado um instituto civil.

Somente no fim do século XVIII, o Decreto nº 181 de 1890 promulgou o casamento civil no Brasil e estabeleceu regras de cunho patrimonial a seu respeito, por conseguinte, instituiu restrições ao regime de bens adotado pelos cônjuges em razão da idade, veja-se:

“Art. 58. **Tambem não haverá comunhão de bens:**

§ 1º **Si a mulher for** menor de 14 anos, ou **maior de 50.**

§ 2º **Si o marido for** menor de 16, ou **maior de 60.**

§ 3º Si os conjuges forem parentes dentro do 3º grau civil ou do 4º duplicado.

§ 4º Si o casamento for contrahido com infracção do § 11 ou do § 12 do art. 7º, ainda que neste caso tenha precedido licença, do presidente da Relação do respectivo districto.” (g.n)

O Código Civil de 1916 reproduziu em seu art. 258, parágrafo único, inc. II, a mesma disposição normativa advinda do século anterior, compelindo homens maiores de sessenta anos e mulheres maiores de cinquenta anos a casarem-se, obrigatoriamente sob o regime de separação de bens, nos seguintes termos:

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

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

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

II. **Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.**

III. Do orfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395. embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453).” (g.n)

O Código Civil de 2002, no inciso II de seu artigo 1.641, fez justamente o mesmo, reiterou a construção normativa datada do século XVIII, apenas equiparou a idade entre homens e mulheres. Portanto, permanece obrigatório a adoção do regime de bens de bens para maiores de 60 anos, em conformidade com o artigo transcrito anteriormente.

Cumprе salientar, que a redação do referido artigo sofreu alteração da lei 12.344/2011, a qual aumentou de 60 para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento, em virtude da elevação da expectativa de vida do brasileiro.

3 APARENTE CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Apesar da lei 12.344/2011 aumentar de 60 para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento, essa questão suscitou amplos debates no âmbito social e, sobretudo, jurídico.

Há quem defenda a constitucionalidade da norma veiculada no art. 1.641, inc. II do CC/2002, em razão da necessidade de tutelar o direito à propriedade do indivíduo maior de 70 anos e o direito à herança dos eventuais herdeiros.

3.1 O Direito de Propriedade

O jurista Orlando Gomes o conceitua o direito de propriedade como “a soma de todos os direitos possíveis que pertencem ao proprietário sobre sua coisa, quais os da posse, uso, gozo e livre disposição”. Nesse âmbito, o artigo 1.228 do CC/2002 declara:

“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Constitui, portanto, um direito fundamental (art. 5º, inc. XXII da CRFB/88), de caráter extremamente amplo e abrangente. Isso pois, o titular da propriedade pode utilizar, desfrutar e dispor dela da maneira que desejar, contanto que não afronte a função social da propriedade, outro direito fundamental (art. 5º, inc. XXIII da CRFB/88), bem como, os demais direitos de propriedade.

A vista disso, os elementos constitutivos da propriedade são: *jus utendi*; *jus fruendi*; *jus abutendi*; e *rei vindicatio*. O primeiro consiste no direito de usar a propriedade da forma que lhe convém, conforme as restrições legais. O segundo compreende o direito de gozar da propriedade, explorando-a economicamente. O terceiro constitui o direito de dispor da propriedade, aliená-la a título gratuito (doação) ou oneroso (venda). Por fim, o último é o direito de reivindicar a propriedade de quem a possua ou a detenha de maneira injusta, por meio de ação judicial.

3.2 O Direito de Herança

O direito de herança, um direito fundamental (art. 5º, inc. XXX da CRFB/88), constitui o direito dos herdeiros de obterem a herança que, por sua vez, é o patrimônio do de cujus, o conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa, que após a sua morte, será transmitida aos herdeiros. Nesse contexto, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves declara:

“A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis.”

Destarte, a herança é um instituto intimamente relacionado com o direito sucessório, na medida em que a sucessão ocorre no momento da morte do autor da herança, de forma imediata e automática, nos termos do art. 1.784 do CC/2002: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

O art. 1.786 do CC/2002 declara que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, isso significa que, há duas espécies de sucessão, a legítima e a testamentária.

A sucessão legítima é aquela definida por determinação legal, ou seja, de acordo com a ordem nela estabelecida, convocar-se-á determinadas pessoas para receber a herança.

Essa ordem de preferência estipulada pela lei denomina-se vocação hereditária, na qual os herdeiros são distribuídos em classes, em conformidade com suas relações sanguíneas e familiares com o de cujus. Nesse âmbito, o art. 1.829 do CC/2002 determina:

“Art. 1.829. 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”.

Cumpra mencionar, que a ordem estipulada pelo artigo supracitado é hierárquica na medida em que os herdeiros são convocados na sequência dos incisos, de forma que aqueles elencados no segundo serão convocados apenas se não houver ninguém no primeiro e assim por diante. Isso pois, a existência de herdeiro de uma classe antecessora exclui o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe predecessora.

De maneira diversa, a sucessão testamentária, ocorre somente na hipótese do de cujus deixar um testamento válido e eficaz, em conformidade com a lei. Nas palavras da professora Maria Helena Diniz:

“sucessão testamentária é aquela em que a transmissão hereditária se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade requerida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for ius cogens, bem como no que for omissivo o testamento”.

Logo, essa espécie de sucessão é pautada no princípio da autonomia da vontade, dado que expressa a última vontade do falecido, o qual dispõe de seus bens, através do testamento, direcionando-os para quem desejar, após a sua morte.

Contudo, também é disciplinada pelo princípio da supremacia da ordem pública, que delimita a autonomia da vontade, visto que é preciso estar de acordo com as determinações legais, ou seja, ser capaz, e respeitar a legítima dos herdeiros necessários. Maria Helena Diniz explica:

“conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, **acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do de cujus e, principalmente, aos de sua família,** ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor de metade de seus bens, pois a outra metade pertence

de pleno direito àqueles herdeiros (CC, arts. 1.789, 1.845, 1.846 e 1.857, § 19), exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade”.
(g.n)

3.3 Intersecção de Direitos

Para tanto, ambos os institutos, direito sucessório, direito de herança e direito de propriedade, estão relacionados, uma vez que o direito sucessório fundamenta-se no direito de propriedade, o qual propaga-se através do direito de herança.

Posto que, um dos elementos constitutivos da propriedade é a faculdade do seu titular de dispor dela (*jus abutendi*), há a possibilidade de fazê-lo em vida, assim como, na morte, por meio da sucessão legítima ou testamentária.

Ademais, infere-se que o legislador, ao restringir a autonomia da vontade, pretendia resguardar os nubentes maiores de 70 anos de um casamento em virtude única e exclusivamente monetária, prevenindo possíveis abusos financeiros e garantindo sua segurança patrimonial, assim como, de seus herdeiros.

Isso pois, pessoas com mais de 70 anos estão mais vulneráveis a golpes de natureza pecuniária, em especial, ao chamado “golpe do baú”, em conformidade com reflexão de José Fernando Simão:

“Os motivos, a chamada teleologia ou finalidade da norma, já eram explicados por Clóvis Beviláqua: ‘essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. **Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe entreva a ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge (...)**’. Em outras palavras, pensava Beviláqua no início do século XX que, depois de certa idade, a pessoa se fragiliza afetivamente e se torna vítima de golpistas inescrupulosos. (...) lembro-me da lapidar frase de Sílvio Rodrigues: **‘É nítido o propósito do legislador de impedir que pessoa moça procure casar-se com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte’ (...)**. **A regra evita o popular ‘golpe do baú’, de acordo com a doutrina pátria.**” (g.n)

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Por outro lado, argumenta-se pela inconstitucionalidade da regra prevista no art. 1.64, inc. II do CC, devido à afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à igualdade.

4.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De início, cumpre salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inc. III da CRFB/88, constitui um fundamento da República Federativa do Brasil e de qualquer Estado Democrático de Direito.

Portanto, a dignidade é um princípio fundamental, que antecede aos direitos e aos deveres, na medida em que é um instituto valorativo que norteia a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, conforme análise do jurista Ingo Sarlet:

“A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza no artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental. Desse modo, assente-se que dignidade **é qualidade inerente à essência do ser e constitui bem jurídico, inalienável, intangível, irrenunciável**. Tal não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas **constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto,** – tal como assinalou Benda –, **a condição de valor jurídico fundamental** da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na **sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa constitui** – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa – **autêntico ‘valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico’**, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como **princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa**”. (g.n)

Em conformidade com o jurista supracitado a dignidade constitui bem jurídico intangível, inalienável e irrenunciável, visto que, é uma qualidade intrínseca a todos os seres humanos, os quais são merecedores de tratamento íntegro e respeitoso.

Os seres humanos jamais devem ser considerados como um meio para a obtenção de um fim, muito pelo contrário, devem ser considerados como um fim em si mesmo. Nesse contexto, Luiz Alberto Araujo e Vidal Serrano e afirmam que:

“A dignidade pode ser apontada como o predicado que faz do ser humano o único ser dotado de valor não relativo. Em outras palavras, o ser humano deve ser focado como um fim em si, não podendo ter o seu valor mitigado diante de nenhuma outra circunstância, bem ou valor. Logo, todos os seres humanos são iguais em dignidade”.

De maneira diversa, na hipótese de um ser humano receber um tratamento que não condiz com o seu valor, ou seja, degradante ou humilhante, constitui um atentado grave ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Justamente, a norma veiculada no artigo 1.641 do CC/2002, a qual trata os maiores de 70 anos como um instrumento para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros, em conformidade com o comentário de Anderson Schreiber:

“O dispositivo é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. **Realmente, ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito.** Ademais, penso que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar se com quem bem entender. **A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível.** Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho, pois herdeiro não é profissão”. (g.n)

Nesse âmbito, o ordenamento jurídico brasileiro veda o pacto sucessório (art. 426 do CC/2002), isto é, a celebração de contrato cujo objeto seja herança de pessoa viva e, portanto, é nulo negócio jurídico que o faça (art. 166, inc. II e VII do CC/2002), em razão de interessar aos contratantes a morte de um indivíduo.

Outrossim, cumpre salientar que os seres humanos são dotados de autonomia para realizar livremente suas escolhas pessoais, patrimoniais e existenciais, em conformidade com seus valores e com o objetivo de atingir seus próprios fins.

Para tanto, o referido instituto, denominado autonomia da vontade, constitui um princípio fundamental, bem como, um meio para o exercício da dignidade, visto que respeitar a autonomia da vontade é reconhecer o valor intrínseco do ser humano, a dignidade humana.

De forma contrária, na hipótese de desrespeito a autonomia da vontade, estabelecendo restrições discriminatórias e arbitrárias constitui um atentado grave ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Justamente, a norma prevista no artigo 1.641 do CC/2002, a qual impede os septuagenários de exercer a autonomia da vontade e escolher livremente o regime de bens de seu casamento ou união estável, portanto, de acordo com o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho:

“É inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, **a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana**”. (g.n)

Todavia, salienta-se que não é somente o doutrinador supracitado, a doutrina moderna majoritária compreende que o referido artigo está em desacordo com a Constituição Federal de 1988, em razão de violar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Lôbo defende que impedir os septuagenários de escolher livremente o regime de bens sob o qual desejam se casar, viola a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana, para tanto, é preciso afastar essa norma que prioriza interesses patrimonialistas e materiais em detrimento do direito existencial do idoso:

“Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. (...) Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade

civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um. **A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” máscara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material.** Nosso direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, **entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência”** (g.n)

O matrimônio proveniente de razões única e exclusivamente monetárias, pode ocorrer em qualquer idade e, por conseguinte, compete ao Direito proporcionar mecanismos de proteção dignos e justos, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana visa garantir uma existência humana adequada, virtuosa, honrada em termos materiais, assim como, espirituais.

4.2 O Direito à Igualdade

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o direito à igualdade constitui um objetivo da República Federativa do Brasil e de qualquer Estado Democrático de Direito (art. 3º, inc. IV da CRFB/88); um princípio fundamental que orienta a forma de interpretação das normas do ordenamento jurídico brasileiro e dos demais sistemas jurídicos (art. 5º, inc. I da CRFB/88); e, por fim, um direito fundamental (art. 5º da CRFB/88).

Devido aos objetivos deste trabalho far-se-á apenas a análise da igualdade como um direito fundamental, isto é, um dispositivo declaratório de um determinado bem da vida, isso significa que declara a existência de um bem da vida e, para tanto, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

“Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte possuem natureza poliédrica, prestando-

se ao resguardo do ser humano na sua liberdade, necessidade e preservação.”

Em conformidade com os professores supracitados, os direitos fundamentais possuem natureza poliédrica, isso significa que, decorrem da historicidade, ou seja, os direitos fundamentais resultam de um processo de evolução histórica longa e sinuosa, com avanços e retrocessos.

Destarte, há gerações de direitos fundamentais, especificamente, três: a primeira geração, constituída pelos direitos individuais, os quais possuem a liberdade como valor primário; a segunda geração, formada pelos direitos sociais, que possuem a igualdade como valor primário; e a terceira geração, composta pelos direitos contemporâneos, os quais possuem a fraternidade como valor primário.

Os direitos individuais estão relacionados com as liberdades públicas negativas, o modelo de Estado liberal (abstencionista), o dever do Estado de não atentar contra esses direitos, assim como, o direito das pessoas de ter tais direitos garantidos.

De maneira diversa, os direitos sociais estão relacionados com as liberdades públicas positivas, o modelo de Estado social (intervencionista), o dever do Estado de intervir e garantir o mínimo existencial, bem como, o direito das pessoas de ter o mínimo existencial.

Apesar de opostos à primeira vista, destaca-se que as gerações de direitos fundamentais são complementares, a geração posterior coaduna com geração anterior, por vezes a alterando de forma qualitativa. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello alude que:

“(…) Não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impede considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua dimensão comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente frágeis”. (g.n)

Para tanto, o direito à igualdade é um direito fundamental de 2ª geração, constitui bem da vida intangível, inalienável e irrenunciável, uma vez que se caracteriza como uma qualidade inerente a todos os seres humanos, os quais são merecedores de tratamento igualitário, sem distinções em razão de preconceitos e discriminações.

Nesse âmbito, faz necessária a distinção entre a igualdade formal e material. A primeira é aquela expressa no texto constitucional, conforme o art. 5º da CRFB/88 “todos são iguais perante a lei”. A segunda é o modo de alcançar a primeira, ou seja, de acordo com Aristóteles, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das respectivas desigualdades”.

A igualdade formal compreende que todos são iguais, em direitos e deveres, e, portanto, devem receber tratamento igualitário. Contudo, essa não é a realidade dos fatos e, uma vez que os indivíduos não estão em situação de igualdade, faz necessário o tratamento desigual para assim perpetuar a igualdade, Alvaro de Azevedo Gonzaga e Luiz Alberto David Araujo esclarecem:

“Não seria correto imaginar que podemos manter o princípio da igualdade diante de grupos vulneráveis ou de grupos que não possam exercer seus direitos de forma efetiva. **Manter a igualdade, nesse caso, seria manter a desigualdade.** Ou seja, sem permitir a inclusão de grupos, a proteção de situações reconhecidamente frágeis, não se pode falar em igualdade. Ao contrário, **estariamos utilizando o princípio da igualdade formal para manter uma situação de desvantagem de determinado grupo**”. (g.n)

Tratar de forma igualitária os desiguais caracteriza desigualdade, outrossim, tratar de forma desigual os iguais também caracteriza desigualdade, isto é, justamente, a norma prevista no artigo 1.641 do CC/2002, a qual impõe o regime da separação obrigatória bens aos septuagenários única e exclusivamente devido a idade, em conformidade com, Flávia Piovesan:

“A imposição compulsória desse regime reforça estereótipos etários, perpetuando uma visão preconceituosa de que pessoas idosas são mais suscetíveis a manipulações ou incapazes de gerir adequadamente suas decisões afetivas e patrimoniais”

A despeito do preconceito voltado aos idosos, que seriam mais suscetíveis a manipulações e golpes de natureza pecuniária, resultando no “golpe do baú”, salienta-se que o matrimônio proveniente de razões única e exclusivamente monetárias, pode ocorrer em qualquer idade.

Utilizar a idade de 70 anos como critério para impedir a livre escolha do regime de bens do casamento viola o direito à igualdade, visto que, não há razão para fazê-lo, assim como, não é utilizado para a prática de demais atos da vida civil.

A título de exemplo, não há restrições para o maior de 70 anos efetuar contratos de compra e venda, empréstimos e doações; representar a população através de um cargo político, como Prefeito, Governador ou Presidente da República; bem como, exercer e permanecer em um cargo público, como juiz, desembargador ou ministro.

De acordo com Caio Mario Pereira da Silva, não há motivação idônea para que o ordenamento jurídico brasileiro realize tal distinção em função da idade:

“(…) **Esta regra não encontra justificativa econômica ou moral**, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir”. (g.n)

Quanto à presunção de incapacidade dos septuagenários, em primeiro lugar, é preciso conceituar a capacidade, a qual é a medida de personalidade. Por sua vez, a personalidade é aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, em conformidade com o art. 1º do CC/2002 “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”

Destarte, todos os indivíduos são dotados de personalidade, capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, todavia, parte dos indivíduos não dispõem da capacidade para exercer direitos e cumprir obrigações, considerados incapazes.

A incapacidade divide-se em duas espécies, absoluta e relativa. A primeira consiste na impossibilidade de praticar atos da vida civil, para tanto, há a necessidade de um tutor ou curador para representá-lo. De acordo com o art. 3º do CC/ 2002 “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”.

A segunda compreende a prática de atos da vida civil, porém de maneira limitada e, portanto, há a necessidade de um tutor ou curador para assisti-lo em determinados atos. O art. 4º do CC/2002 declara:

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.”

Logo, as pessoas maiores de 70 anos, apenas devido ao fato de possuírem mais de 70 anos, não são presumidamente consideradas incapazes, para tal é preciso incidir em uma das hipóteses previstas nos incisos do artigo supracitado.

Nesse contexto, Maria Helena Diniz afirma que “a capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade”.

Ademais, Maria Berenice Dias demonstra a inconstitucionalidade da restrição de escolha de regime de bens para os nubentes maiores de 70 anos, nos seguintes termos:

“A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. **A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.** A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 747 a 758). (...) Como diz Zeno Veloso, **o idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe falem os atributos da consciência e volição necessários para o consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas conseqüências.** A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade”. (g.n)

5 AFASTAMENTO DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Conforme explicitado acima, a norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 é inconstitucional, na medida em que viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CRFB/88) e o direito à igualdade (arts. 3º, inc. IV, e 5º da CRFB/88), alicerces do Estado Democrático de Direito expressos na CRFB/88.

5.1 Controle de Constitucionalidade

Hans Kelsen define a constituição como um “conjunto superior de normas dentro do ordenamento jurídico estruturado de forma hierarquizada”. Para tanto, a Constituição Federal de 1988 ocupa a posição de maior hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

“A Constituição, assim, é identificada como fonte legitimadora de todo ordenamento jurídico, decorrendo, de imediato, algumas consequências inarredáveis: (i) a revogação, dita hierárquica, de todas as normas anteriores que com ela se antagonizarem; (ii) a nulidade de todas as novas normas introduzidas no sistema que vierem a desrespeitar os seus preceitos; (iii) a imposição de que, dentre as interpretações hipoteticamente possíveis, só podem ser validamente esgrimidas aquelas conformes ao Texto Constitucional.” (g.n)

Em virtude dos objetivos deste trabalho, far-se-á apenas a análise de uma das consequências da supremacia constitucional, qual seja, a nulidade das normas que a violam.

A nulidade da norma será declarada somente após o crivo do controle de constitucionalidade, isto é, o instrumento de verificação material e formal dos dispositivos infraconstitucionais com a Constituição Federal de 1988.

Destarte, há dois parâmetros de verificação realizados no controle de constitucionalidade, o formal e o material. No primeiro averigua-se a conformidade do dispositivo infraconstitucional com os procedimentos de aprovação necessários postulados na CRFB/88. No segundo analisa-se a conformidade do dispositivo

infraconstitucional com a matéria, o conteúdo, as regras e os princípios postulados na CRFB/88. Nesse contexto, Marcelo Figueiredo afirma que:

“É sempre necessário que a própria Constituição preveja mecanismos de sua defesa, de sua proteção, eliminando possíveis normas incompatíveis com seu sentido, espírito ou letra. A possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis e demais atos estatais deriva precisamente da ideia de Constituição como norma fundamental e suprema, que deve prevalecer sobre toda outra norma ou ato estatal”.

Ou seja, o controle de constitucionalidade é o conjunto de procedimentos previstos na CRFB/88, que tem por finalidade evitar a introdução de uma norma inconstitucional no sistema jurídico, outrossim, retirar uma norma inconstitucional do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade divide-se, então, em duas espécies, o preventivo e o repressivo. O primeiro visa impedir a introdução de norma incompatível com a CRFB/88 no ordenamento jurídico. O segundo objetiva retirar uma norma incompatível com a CRFB/88 do ordenamento jurídico. Para tanto, de acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

“A Constituição da República criou o controle de constitucionalidade dos atos normativos, cujo objetivo consiste, num primeiro momento, em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico. Caso, no entanto, essas barreiras revelem-se ineficazes, estará armada uma segunda etapa do controle, na qual a meta passará a ser o reconhecimento da existência da norma inconstitucional no sistema”.

O controle de constitucionalidade é o mecanismo pelo qual certifica-se que as normas infraconstitucionais estão de acordo com a matriz constitucional, do contrário, a norma será excluída do sistema jurídico, uma vez que estava eivada da de nulidade e inconstitucionalidade.

5.2 Hermenêutica jurídica

Todavia, para não rechaçar completamente o art. 1.641, inc. II do CC/2002 e anulá-lo de forma integral, é preciso recorrer a hermenêutica jurídica, isto é, a ciência voltada ao estudo da interpretação das normas.

A interpretação, por sua vez, constitui no emprego dos processos necessários para determinar o sentido e o alcance da norma, nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior “a expressão “interpretar” carrega a ideia de esclarecimento, de compreensão de conteúdo, de extrair de uma norma o seu sentido e o seu alcance”.

Cumprе salientar que a interpretação não deve ser realizada de maneira individualizada, desconsiderando a conjuntura sob a qual a norma está inserida, visto que, para determinar corretamente o seu sentido e alcance, é primordial fazê-lo. Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

“O ato de interpretar, ademais, não se situa no vácuo, mas em uma sociedade determinada, sob condições econômicas, sociais e ideológicas específicas, além de impregnada de diversos valores”.

Portanto, a interpretação das normas deve ser realizada de forma sistemática, considerando a conjuntura jurídica, histórica, sociológica e filosófica, bem como, a posição no ordenamento jurídico, o qual constitui um conjunto organizado e hierarquizado de regras e princípios, nas palavras de Pedro Lenza, “as normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios”.

Nesse âmbito, faz necessária a distinção entre regras e princípios. As regras são responsáveis por disciplinar as relações jurídicas, dessa maneira, possuem maior carga normativa e menor carga valorativa. Os princípios são responsáveis por transmitir valores, dessa forma, possuem menor carga normativa e maior carga valorativa. Celso Antônio Bandeira de Mello os conceitua como:

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata 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. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

Destarte, os princípios de interpretação são diretrizes que norteiam o sentido e o alcance da norma.

Devido aos objetivos deste trabalho, far-se-á somente a análise do princípio da interpretação conforme à Constituição, segundo Pedro Lenza, isso significa que:

“Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação). Deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional”.

A interpretação das normas infraconstitucionais deve estar de acordo com a Constituição, de maneira que os princípios e diretrizes postulados nela sejam garantidos, cumpridos e efetivados.

Para tanto, uma das finalidades do referido princípio é garantir segurança jurídica, na medida em que pura e simples anulação de normas pode originar lacunas no ordenamento jurídico.

Nesse âmbito, a fim de solucionar a inconstitucionalidade da norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642 o ministro Luís Roberto Barroso propõe:

“Dar interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, dando-lhe o sentido de norma dispositiva que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja, trata-se de regime legal facultativo, e não cogente. Dito em linguagem simples, o dispositivo vale se as partes não convencionarem de maneira diferente. Se convencionarem de maneira diferente, essa norma pode ser derogada, essa norma pode ser afastada”. (g.n)

Faz necessária a distinção entre norma cogente e dispositiva. A primeira, também denominada norma de ordem pública, é de observância obrigatória e, por consequência, não pode ser afastada pela pura e simples vontade do sujeito.

Isso pois, o bem jurídico tutelado pela norma diz respeito à sociedade, não somente ao indivíduo, ou possui demasiada relevância para deixá-lo apenas sob a administração do sujeito. O doutrinador Fábio Ulhoa Coelho explica:

“se os interesses objeto de tutela transcendem os dos sujeitos diretamente envolvidos ou se a administração do interesse pelo próprio interessado é considerada arriscada demais, a vontade das partes não tem o efeito de evitar a aplicação da norma”.

Portanto, a norma cogente ou de ordem pública restringe a autonomia da vontade em virtude da proteção do indivíduo ou da sociedade, isto é, justamente, o que norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 pretendia.

A segunda, norma dispositiva, também denominada norma supletiva, ao contrário da primeira, não é de observância obrigatória e, por conseguinte, pode ser afastada pela vontade das partes.

Isso pois, o objeto de tutela da norma não oferece risco a sociedade ou aos sujeitos, os quais possuem plena capacidade para administrá-los da maneira que lhe convém, em conformidade com o professor Fábio Ulhoa Coelho:

“As normas supletivas, por seu próprio conteúdo ou combinadas com o princípio da autonomia da vontade, não são aplicadas se os sujeitos interessados pactuarem em sentido contrário. Sua aplicação é sempre subsidiária à vontade das partes do negócio jurídico. Apenas não tendo havido manifestação destas, aplica-se a norma jurídica de natureza supletiva”.

Destarte, propõe-se que a norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 seja interpretada como norma dispositiva ou supletiva, aplicada, apenas no silêncio das partes.

Do contrário, caso a norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 seja interpretada como norma cogente, de observância obrigatória, constitui violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade.

5.3 Tema nº 1.236 do Supremo Tribunal Federal

O tema nº 1.236 do STF resultou do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642 do STF, interposto por Maria Cecilia Nispache da Silva, que questionava o regime de bens aplicável a união estável com Dario Rayes, iniciada após ele completar setenta anos.

Por consequência, questionava-se também a aplicação do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos previsto no art. 1.641, inc. II do CC/2002.

O juízo de primeiro grau declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo supracitado, determinando que regime aplicável a união estável seria o regime da comunhão parcial de bens, conforme o art. 1.725 do CC/2002, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Todavia, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu de maneira oposta ao juízo de primeiro grau. O regime aplicável a união estável seria o regime da separação obrigatória de bens, em conformidade com o art. 1.641, inc. II do CC/2002.

Segundo o TJSP o referido artigo é constitucional, em razão da necessidade de tutelar o direito à propriedade do indivíduo maior de 70 anos e o direito à herança dos eventuais herdeiros.

Ademais, o legislador pretendia resguardar os nubentes maiores de 70 anos de um casamento em virtude única e exclusivamente monetária, prevenindo possíveis abusos financeiros e garantindo sua segurança patrimonial, assim como, de seus herdeiros.

Por sua vez, o STF reverteu a decisão de segundo grau, estabelecendo que a adoção do regime de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas com mais de 70 anos pode ser alterada pela vontade das partes. Desse modo, o tema nº 1.236 do STF afirma:

Tema 1236: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública”.

De acordo com a determinação do STF, para afastar a obrigatoriedade do referido regime, é preciso que os nubentes manifestem esse desejo por meio de escritura pública, firmada em cartório.

Ademais, pessoas com mais de 70 anos casadas ou em união estável também podem alterar o regime de bens se assim desejarem. No caso do casamento, através de autorização judicial, e no caso da união estável, por meio de escritura pública, firmada em cartório.

O Plenário do STF decidiu pela possibilidade de afastar a obrigatoriedade de regime de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas com mais de 70 anos, por compreender que viola o a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade e o direito à igualdade, conforme Ministro Luiz Roberto Barroso, relator da ação:

“Há violação da dignidade humana nas duas vertentes. Uma na legítima limitação da autonomia da vontade, funcionalizando aquela pessoa aos interesses de seus herdeiros. Em segundo lugar, entendi que viola o princípio da igualdade por utilizar a idade como um elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo artigo 3º, inciso IV da Constituição.”

Ou seja, conforme restou claro no capítulo quarto desta monografia, “inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos”, a decisão do STF expressa a opinião majoritária da doutrina, a título de exemplo cita-se os doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Melo, Caio Mário Pereira da Silva, Fabio Ulhoa Coelho, Flavia Piovesan e a Ministra Carmen Lúcia.

Outrossim, expressa a conjuntura atual, em que os septuagenários, devido aos avanços da medicina e, por consequência, da expectativa de vida, estão completamente dotados de saber e consciência, capazes de tomar suas decisões de maneira voluntária.

Para tanto, assertiva a decisão dos ministros, devido a imperiosa necessidade de extinguir a aplicação compulsória do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários, em virtude da violação à dignidade e a igualdade, assim como, da inadequação à realidade fática contemporânea. O Ministro Luiz Roberto Barroso comenta:

“Sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação. Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos.”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obrigatoriedade do regime de separação bens para maiores de 70 anos tem origem no século final do século XVIII, especificamente, no Decreto nº 181 de 1890, que promulgou o casamento civil no Brasil e estabeleceu regras de cunho patrimonial a seu respeito.

O referido Decreto instituiu restrições ao regime de bens adotado pelos cônjuges em razão da idade, para mulheres maiores de cinquenta anos e para homens maiores de sessenta anos.

Passados mais de vinte e cinco anos, o Código Civil de 1916 simplesmente reproduziu em seu art. 258, parágrafo único, inc. II, a mesma disposição normativa advinda do século anterior.

Quase um século depois, o Código Civil de 2002, no inciso II de seu artigo 1.641, fez justamente o mesmo, reiterou a construção normativa datada do século XVIII, apenas equiparou a idade entre homens e mulheres.

Para tanto, infere-se que o legislador pretendia resguardar os nubentes maiores de 70 anos de um casamento em virtude única e exclusivamente monetária, prevenindo possíveis abusos financeiros e garantindo sua segurança patrimonial, assim como, de seus herdeiros.

Isso pois, a data em que foi estabelecida a restrição (século XVIII) assim como, nos séculos subsequentes, compreendia-se que os relacionamentos de pessoas com idades avançadas ocorriam em virtude única e exclusivamente monetária, ou seja, pessoas com essa idade estariam mais vulneráveis a golpes de natureza pecuniária, em especial, ao chamado “golpe do baú”.

Todavia, não há justificativa idônea para o Código Civil de 2002 reproduzir a construção normativa datada do século XVIII e, por consequência, a conjuntura histórica e social da mesma época.

Ademais, a redação do art. 1.641, inc. II do CC/2002 sofreu alteração da lei 12.344/2011, a qual aumentou de 60 para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento.

Destarte, ainda em 2011, persistia a mentalidade advinda dos séculos passados, em que os indivíduos maiores de 70 anos, apenas devido ao fato de

possuírem mais de 70 anos, são presumidamente consideradas incapazes, violando a igualdade, expressa nos arts. 3º, inc. IV e 5º da CRFB/88.

Outrossim, a norma prevista no art. 1.641, inc. II do CC/2002 afronta o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que trata os septuagenários como um instrumento para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros.

Urgente, era a necessidade de alterar o dispositivo supracitado a fim garantir a dignidade e a igualdade, bem como, respeitar a autonomia da vontade das pessoas maiores de 70 anos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Controle difuso de constitucionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/56/edicao-2/controlado-difuso-de-constitucionalidade>

ARAUJO, Luiz Alberto David, JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. 23ª ed. São Paulo: Editora Manole, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre casamento civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm

BRASIL. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. Lei nº 12.344 de 9 de dezembro de 2010. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12344.htm

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: parte geral. - Vol. 1 - 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões. - Vol. 5 - 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 22ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2023.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil - Vol.1 - 41ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família - Vol. 5. - 36ª ed. São Paulo: Sairava Jur, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões - vol.6 - 36ª ed. São Paulo: Sairava Jur, 2022.

FIGUEIREDO, Marcelo. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/27/edicao-2/controlado-concentrado-de-constitucionalidade-no-brasil>

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ARAUJO, Luiz Alberto David. Igualdade: fundamentos filosóficos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direitos Humanos. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/536/edicao-1/igualdade:fundamentos-filosóficos](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/536/edicao-1/igualdade:fundamentos-filosoficos)

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 36ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. *Revista do Serviço Público*, v. 39, n. 4, 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2239>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Igualdade. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/4/edicao-1/igualdade>

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direitos sociais. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/54/edicao-2/direitos-sociais>

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos – 13ª ed.* – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988 – 10ª ed.* – São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. 4ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SILVA, Caio Mário Pereira da. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família – Vol. 5 – 30ª ed.* Rio de Janeiro: Forense, 2024.

SILVA, Roberta Soares da. Dignidade humana. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direitos Humanos. 1ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>.

SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos. 2ª ed.* São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 13. ed. - Vol. 5 - Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5.

VENOSA, Silvio Salvio. Direito Civil: família e sucessões. - Vol. 5 – 23ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis, QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A cessão de direitos hereditários. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2024. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/551/edicao-3/a-cessao-de-direitos-hereditarios>