

Restrição legislativa à escolha do regime de bens para os brasileiros maiores de setenta anos de idade, Lei 12.344, de 09.12.2010.

Liane Maria Busnello Thomé*

Advogada, Mestre em Direito pela PUC/RS, Professora Universitária de Direito de Família e Sucessões.

Mariele Maritê Depcke*

Bacharel do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, Campus Gravataí/RS

RESUMO

A obrigatoriedade do regime de separação de bens, para casamento de pessoas maiores de 70 anos, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade. Esta restrição do artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro, imposto pelo Estado Brasileiro, por meio da Lei 12.344, de 09 de dezembro de 2011, limita o direito das pessoas maiores de 70 anos de escolher o regime de bens que lhes parecer mais adequado, com base na autonomia de vontade.

Palavra-chave: regime de bens, idoso, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The mandatory system of separation of property, marriage to people over 70 years, violates the principle of human dignity, of equality and freedom. This restriction of Article 1641, II of the Civil Code, imposed by the Brazilian government, through Law 12,344 of December 9, 2011, limits the right of people over 70 to choose the system of property that they deem most appropriate Based on the autonomy of will.

Key-words: property system, elderly, human dignity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Espécies de regimes de bens no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Princípios constitucionais, estatuto do idoso e a restrição legislativa imposta aos maiores de 70 anos de idade. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O matrimônio civil é um dos institutos que mais prescinde de solenidade, sob pena de nulidade ou anulabilidade e, embora o afeto seja o elemento que reconhece a constituição das famílias após o advento da Carta Magna Brasileira de 1988, não se pode esquecer que as relações patrimoniais dos cônjuges resultam, indiscutivelmente, na comunhão de vida.

A família exerce papel fundamental para o Estado, pois é formadora e geradora da personalidade humana, sendo essencial para o desenvolvimento psicológico e afetivo das pessoas. O Estado protege a família brasileira, já na sua Carta Constitucional de 1988, a partir do artigo 226 e também no Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 1.511. Antes da celebração do matrimônio e perante o oficial de registro civil as partes optam pelo regime de bens que passa a vigorar após a celebração do casamento, nos termos do que dispõe o *caput* do artigo 1.639 do Código Civil¹.

O casal, quando define o regime de bens no processo de habilitação para o casamento, muitas vezes não tem o alcance legal desta escolha, tampouco de seus efeitos futuros na relação amorosa, por desconhecer a legislação específica acerca do estatuto patrimonial dos cônjuges, bem como desconhecer a vida em comum futura.

O legislador brasileiro, preocupado em proteger o patrimônio dos futuros cônjuges, assim como o patrimônio de menores de idade e ex-cônjuges, estabeleceu no artigo 1.641², restrições à escolha do regime de bens no casamento, interpretação que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não vem estendendo às uniões estáveis³.

¹ “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.” e pelo artigo 1.526: “A habilitação será feita perante o oficial do Registro Civil e, após audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz.” (grifo meu).

² 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 setenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

³ APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. VARÃO COM MAIS DE 60 ANOS DE IDADE. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STJ. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRETENSÃO RESISTIDA. CONDENAÇÃO PELA SUCUMBÊNCIA.COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL, DEVEM SER PARTILHADOS OS BENS ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROSO PELO CASAL DE EX-CONVIVENTES NO PERÍODO, INDEPENDENTEMENTE DO ESFORÇO COMUM, QUE É PRESUMIDO (ART. 1.725 DO CC/02).A IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E MANTIDA NO CCB/02, NO ART. 1.641, INC. II, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOA MAIOR DE 60 ANOS, NÃO SE APLICA, NEM POR ANALOGIA, À UNIÃO ESTÁVEL, DEVENDO SER CONSIDERADA NO CASO, A PRESUNÇÃO DO ESFORÇO COMUM, POR INCIDÊNCIA DA

1 Espécies de regimes de bens no ordenamento jurídico brasileiro.

Espécies de regimes de bens. O Código Civil Brasileiro de 2002, no livro IV do Direito de Família, faz uma distinção entre o direito pessoal, disciplinado no Título I, e o direito patrimonial, ordenado no Título II, onde se localizam as disposições acerca dos diversos regimes de bens e sua possibilidade de alteração, dentre outros temas, demonstrando claramente que em direito de família coexistem direitos pessoais e patrimoniais que devem ser tratados de forma diversa, levando-se em consideração a autonomia de vontade das pessoas envolvidas na relação afetiva familiar e sua proteção.

No que tange ao fundamental aspecto afetivo que norteia as relações de Direito de Família, o regime de bens é direito patrimonial disponível, sua escolha é imperiosa e livre. O regime de bens é o instituto patrimonial dos cônjuges que tem início na celebração do casamento e gera efeitos durante toda a sociedade conjugal, disciplinando as relações econômicas do casal na constância do casamento e da união estável, dispondo o Código Civil Brasileiro para todo o cidadão brasileiro, a partir do artigo 1.639 a possibilidade de elegerem seu estatuto patrimonial entre os quatro regimes de bens previstos.

Dentre os regimes de bens oferecidos pelo Código, temos o regime da comunhão universal de bens, previsto nos artigos 1.667 a 1.671, onde todos os bens dos cônjuges, anteriores e posteriores ao casamento se comunicam, com as exceções previstas no artigo 1.668; o regime da comunhão parcial de bens, no artigo 1.658, quando há a comunicabilidade dos bens adquiridos após o casamento ou união estável, também com exceções previstas no artigo 1.659 ; o regime da separação de bens, obrigatória ou convencional, com a incomunicabilidade dos bens adquiridos após o casamento e também os anteriores ao enlace matrimonial, nos termos dos artigos 1.687

SÚMULA N.º 377 DO STF.OS REGRAMENTOS DO ATUAL CCB/02 SOBRE UNIÃO ESTÁVEL, BEM COMO DAS LEIS ANTERIORES QUE REGIAM A MATÉRIA - LEIS N.ºS 8.971/94 E 9.278/96 -, JAMAIS IMPUSERAM QUALQUER RESTRIÇÃO DE IDADE PARA EFEITO DE REGULAR O REGIME DE BENS DOS CONVIVENTES. HAVENDO PRETENSÃO RESISTIDA, IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO DA PARTE REQUERIDA AO PAGAMENTO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.
REJEITARAM A PRELIMINAR E DESPROVERAM A APELAÇÃO.AC70031096308, 7ª CÂMARA CIVIL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, J. EM 12.05.2010, REL. DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO.

e 1.688 do Código Civil Brasileiro. Por fim, temos o regime da participação final nos aquestos, regime que foi introduzido com o Código Civil de 2002 em substituição ao regime dotal. É um regime híbrido, previsto a partir do artigo 1.672 do Código Civil, mesclando o regime de separação de bens e da comunhão parcial de bens, pois enquanto o casamento se mantém, vigora entre os cônjuges regras semelhantes ao regime da separação total de bens e com seu término, regras afins ao regime da comunhão parcial de bens.

O atual Código Civil mantém como regra geral, a liberdade de escolha do regime, nos termos do *caput* do artigo 1.639 do Código Civil brasileiro, não havendo qualquer limitação legal para a conjugação de dois ou mais regimes de bens, desde que não prejudique direitos conjugais ou paternos ou desrespeite normas de ordem pública. Esta escolha do regime de bens diverso do regime legal da comunhão parcial de bens deve ser feita por meio de um pacto antenupcial.

No entanto, esta autonomia de vontade das partes é limitada pelo legislador, nos termos do artigo 1.641⁴ do Código Civil brasileiro, que determina o regime da separação de bens no caso de matrimônio de pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração (viúvo ou viúva que tiver filhos do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário e der partilha aos herdeiros; viúva ou mulher cujo casamento se desfez por nulidade, anulabilidade até dez meses do começo da viuvez, ou dissolução da sociedade conjugal; divorciado, enquanto não fizer a partilha dos bens; o tutor ou o curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não tiver saldadas as respectivas contas); das pessoas maiores de setenta anos (antes da alteração legislativa da Lei 12.344, das pessoas maiores de sessenta anos de idade) e, finalmente de todos que dependerem, para casar, do suprimento judicial.

Esta imposição legal visa proteger direitos patrimoniais dos menores de idade que não detém a maturidade para o alcance desta escolha (no caso de necessidade de suprimento judicial), dos filhos do falecido enquanto não se fizer o inventário dos bens do casal e se der a partilha aos filhos, do nascituro, no caso da viúva, ou daquela cujo casamento se desfez por nulidade ou anulabilidade estar grávida do marido falecido e tiver direitos hereditários sobre os bens do pai, também dos ex-cônjuges (que ainda não

⁴ 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 setenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

decidiram à partilha dos bens comuns), do pupilo ou curatelado, tudo conforme disposição legal.

Esta medida de proteção se justifica em relação às pessoas acima indicadas, pois aquela pessoa que irá contrair novo casamento não detém a totalidade dos bens e a escolha de um regime onde esses bens se comuniquem com o novo cônjuge ensejaria o enriquecimento sem causa. No entanto, a imposição do regime da separação legal para os maiores de setenta anos é restringir a autonomia de vontade dessas pessoas e fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que elegeu o ser humano objeto de proteção dentro do ordenamento jurídico. Os maiores de setenta anos de idade, detém capacidade civil plena de todos os seus direitos, inclusive patrimoniais, e não há no ordenamento civil brasileiro qualquer dispositivo que enseje interpretação diversa.

Nos últimos tempos tem se acompanhado por meio de estatísticas, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁵, que a expectativa de vida dos brasileiros tem aumentado estando próximo dos 73 anos de idade.

Porém, mesmo com o passar do tempo, ainda continuam existindo violações dos direitos fundamentais e indispensáveis dos cidadãos, como o direito a dignidade da pessoa humana, a isonomia, e o direito a liberdade.

2 Princípios constitucionais, estatuto do idoso e a restrição legislativa imposta aos maiores de 70 anos de idade.

Percebe-se isto claramente no artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro⁶, que mesmo diante de tantas alterações que foram realizadas em 2002, continua o legislador a restringir o regime de casamento das pessoas maiores de 70 anos, impondo como único regime aceitável o da separação obrigatória de bens.

⁵ IBGE. Diretoria de Pesquisa, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impressao.php?id_noticia=1275> Acesso em 11/09/10 às 04h00min.

⁶ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 735. Artigo 1641: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: (...) II - da pessoa maior de sessenta anos”.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º,⁷ trata ser dever da família, da comunidade e do Poder Público assegurar ao idoso a efetivação do direito à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar.

Assim, nota-se que em 2004, data posterior às alterações do Código Civil Brasileiro de 2002, o Estatuto do Idoso trouxe de forma ampla os direitos dos idosos, mas muito antes disto a Constituição Federal de 1988 já trazia em seu texto o direito a todo e qualquer cidadão à dignidade humana, isonomia e a liberdade.

A dignidade da pessoa humana é princípio norteador de toda existência humana e consta no primeiro artigo da Constituição Federal⁸, demonstrando a imensa importância que significa.

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 230⁹ trata especificamente do dever da família, da sociedade e do Estado em amparar as pessoas idosas defendendo sua dignidade.

Da mesma forma o Estatuto do Idoso em seu artigo 8º¹⁰, estabelece ser o envelhecimento um direito personalíssimo e sua proteção direito social, entendendo que todos buscam um envelhecimento com dignidade.

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é direito basilar de todo cidadão, onde este princípio traz em si todos os direitos fundamentais como liberdade, igualdade, intimidade, honra e moral.

Ingo Wolfgang Sarlet¹¹ trata muito bem da questão da dignidade, revelando que a dignidade como qualidade intrínseca do ser humano é irrenunciável e inalienável, sendo um elemento que qualifica a pessoa humana e dela não pode ser destacado, de tal forma que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma

⁷ NETO, Antonio Rulli. **Proteção Legal do Idoso no Brasil. Universalidade da Cidadania.** São Paulo: Fiúza Editores, 2003. p. 395. Artigo 3º: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".

⁸ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.** 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p. 159. Artigo 1º, III: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana".

⁹ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil.** 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p. 945. Artigo 230: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

¹⁰ NETO, Antonio Rulli. **Proteção Legal do Idoso no Brasil. Universalidade da Cidadania.** São Paulo: Fiúza Editores, 2003. p. 396. Artigo 8º: "O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente".

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011. p. 59.

pretensão a que lhe seja concedida a dignidade, pois ela já existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

Portanto, a dignidade pressupõe a autonomia, autodeterminação do indivíduo, que pode e deve ter a liberdade e a possibilidade de escolher sobre as questões que envolvem sua vida. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que lhe dá poder de decisão sobre sua vida e sobre seus negócios.

Da mesma forma, tem sido infringido o princípio da isonomia, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal¹², onde refere que todos são iguais perante a lei, coibindo qualquer tratamento discriminatório, e entendendo que todos possuem os mesmos direitos devendo ser tratados de maneira igual perante o ordenamento jurídico.

Porém, na questão da igualdade, é importante destacar a igualdade substancial¹³, que seria uma formulação mais avançada da igualdade de direitos, prevê que as pessoas quando desiguais devem ser tratadas desigualmente. Neste sentido, temos a lição do filósofo Hans Kelsen¹⁴ que afirma que a igualdade de todas as pessoas no ordenamento jurídico é garantida pela Constituição e não significa que as pessoas devam ser tratadas de forma idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base nas Constituições, pois a igualdade não é concebível, será um absurdo impor a todos exatamente as mesmas obrigações ou os mesmos direitos sem fazer distinções entre eles.

Assim, a própria Constituição para garantir direitos fundamentais prevê algumas formas de tratamento diferenciado, mas essas garantias não ferem o princípio da isonomia, por entender que devem ser tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Todo o ser humano tem o desejo de ser reconhecido e valorizado pelo outro em igualdade de condições, não significando as mesmas condições, mas o reconhecimento das diferenças de cada um¹⁵.

¹² SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p. 183. Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. apud THOMÉ, Liane Maria Busnelo. **A dignidade da pessoa humana e Mediação Familiar**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010. p. 69.

¹⁴ SOUZA, Lívio Augusto Rodrigues de Souza e. Artigo: **O Princípio Constitucional da Isonomia – Conteúdo e Aplicação**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_417.html. Acesso em 10.09.2010.

¹⁵ THOMÉ, Liane Maria Busnelo. **A dignidade da pessoa humana e Mediação Familiar**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010. p. 68-69.

Neste sentido, é evidente que o idoso, pela sua peculiar condição, necessita de proteção especial, porém não se pode considerar que todo idoso se encontre em situação de fragilidade, tendo em vista que atualmente este envelhece com mais qualidade, em especial aqueles que possuem melhores condições econômicas e financeiras para isso.

Além disso, a própria Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLI¹⁶, reprime qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, sendo punido por lei.

Outro princípio violado é o da liberdade, pois o legislador infraconstitucional impõe determinado regime sem respeitar o direito à liberdade dessas pessoas, simplesmente porque possuem mais de 70 anos. O princípio da liberdade constitui prerrogativa de escolha e formação da entidade familiar que melhor corresponda à realização existencial de cada pessoa, onde não poderia o legislador definir o que seria o melhor e mais adequado.

Posição semelhante se encontra nas palavras de Massimo Bianca¹⁷ onde afirma: “a liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como liberdade do sujeito de constituir a família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade”.

Importante salientar, que os princípios constitucionais referidos estão acima de qualquer justificativa que se possa utilizar para limitar a escolha do regime de bens as pessoas maiores de 70 anos. Além disso, o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁸ define que estes direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

A limitação às pessoas maiores de 70 anos quanto ao regime de separação total, representa uma afronta a nossa carta magna ferindo princípios basilares e garantias fundamentais que a todos os indivíduos é assegurado. Longe de trazer uma proteção ao idoso o Estado impõe esta limitação um sentimento de incapacidade e parece ter a função de proteger os direitos dos herdeiros da pessoa maior de idade que pretende escolher um regime diverso da separação total de bens.

¹⁶ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p. 223. Artigo 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

¹⁷ BIANCA, Massimo. apud LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para além do numerus clausus**. RBDF, nº12. p.44.

¹⁸ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p. 259. Artigo 5º, § 1º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Com esta limitação, o Código Civil Brasileiro, acaba por restringir o direito de escolha aos idosos, não respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos valores fundamentais do nosso Estado Democrático de Direito, bem como limita o direito à disposição de bens que são de sua exclusiva propriedade, diferentemente das demais pessoas indicadas pelo artigo 1.641 do Código Civil Brasileiro. A limitação se justifica, quando os bens não pertencerem em sua totalidade ao nubente maior de 70 anos que pretende casar, mas quando os bens são de sua propriedade exclusiva, esta imposição fere princípios constitucionais.

A Carta Magna, em seu artigo 3º, IV¹⁹, reprime qualquer forma de discriminação, seja em razão de raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra modalidade de discriminação.

Com o passar do tempo, a expectativa de vida dos brasileiros tem aumentado, conforme demonstrado nas apurações anuais dos dados demográficos, justamente pelo avanço da medicina, dos recursos disponíveis às pessoas para tratamentos e acesso a estas informações.

Mas, o Código Civil Brasileiro de 2002, alterou apenas, quanto a este artigo, a questão da igualdade de idade entre homens e mulheres e não levou em consideração a maior longevidade das pessoas, que aumentou desde aquela época até os dias atuais.

Desta forma, as pessoas maiores de setenta anos não possuem a liberdade de escolher o regime de bens que pretendem ao casar, unicamente porque o legislador justifica esta limitação como sendo uma forma de proteção ao patrimônio do idoso e da própria família.

Em relação à união estável entre pessoas maiores de 70 anos, onde este regime prevê que se não houver contrato escrito entre os companheiros, prevalecerá o regime da Comunhão Parcial de Bens²⁰, porém, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as pessoas que vivem em União Estável e possuem mais de 60 anos, são equiparadas às pessoas que casaram sob o regime da Separação Total de Bens.

A justificativa para esta decisão é que seria uma forma de incentivo a União Estável para essas pessoas adotarem o regime da Comunhão Parcial, quando na verdade

¹⁹ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 12ªed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006. p.159. Artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁰ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 762. Artigo 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

a Lei impõe as pessoas acima de 60 anos como único regime aceitável o da Separação Total de Bens.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.090.722, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 02 de Março de 2010, trata do assunto, decidindo que para os companheiros maiores de 60 anos deveriam ser aplicadas as mesmas limitações previstas para o casamento, impondo o regime de separação de bens.²¹.

Assim, a partir da análise dos votos dos Ministros, pode-se perceber que o entendimento tem sido de que a União Estável equivale ao regime da Separação Total de Bens, nestes casos de convivência entre pessoas maiores de 60 anos, pois se assim não fosse considerado, seria um desestímulo ao casamento já que a finalidade do ordenamento jurídico brasileiro é justamente facilitar a convalidação da União Estável em casamento e não o contrário.

Contudo, ressalta que tal regime deve sofrer a contemporização do Enunciado na Súmula 377 do Superior Tribunal Federal²², pois os bens adquiridos na constância, no caso, da União Estável devem comunicar-se independentes da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência.

Com esta restrição do artigo 1.641 imposto pela Lei 12.344, o idoso fica impossibilitado de fazer suas próprias escolhas quanto ao patrimônio que ele próprio conquistou durante toda sua vida e por força de lei não pode partilhá-lo da forma que entender ser melhor.

Ademais, mesmo que o legislador entenda que o idoso estaria mais vulnerável nesta fase de sua vida, não se pode ignorar o fato de que experiência e maturidade

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.090.722, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Julgamento em 02 de Março de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802073502&dt>, em 30.08.2010. Acesso em 05.06.2011, RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.090.722 – SP/2008/0207350-2/RELATOR: MINISTRO MASSAMI UYEDA).

²² JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1419: Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

acumuladas no decorrer dos anos são com certeza mais valiosa do que a própria restrição.

O princípio da dignidade impõe limites ao poder do Estado, devendo este respeitar, proteger e promover as condições para que o ser humano possa viver com dignidade no grupo familiar e na sociedade²³. Com esta imposição legislativa, o Estado acaba por ferir direitos fundamentais do indivíduo, sendo que entre seu interesse de proteger o cidadão e a garantia dos direitos constitucionais, sabe-se que a Carta Magna se sobrepõe a qualquer outro interesse e entendimento secundário, haja vista, a imensa importância que representa.

Da mesma maneira se posiciona o autor Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ quando expõe que onde não houver o respeito pela vida e pela integridade física e moral da pessoa humana, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não ocorrer limitação do poder, onde a liberdade, autonomia, igualdade em direitos e dignidades e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados minimamente, não haverá espaço para a dignidade humana e a pessoa poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Porém, com este argumento de imposição legislativa, de forma implícita estaria se dizendo que o idoso seria incapaz de distinguir entre afeto e mero interesse econômico, onde o Estado está utilizando de tutela excessiva sobre pessoa maior e capaz.

Silvio Rodrigues²⁵ também se posiciona neste sentido quando refere que talvez se possa dizer que uma das vantagens de se ter fortuna consiste exatamente em aumentar os atrativos matrimoniais de quem detém a fortuna e que não existe inconveniente algum em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária se case pelo regime da comunhão de bens se assim desejar.

Antes de se pensar em proteger o patrimônio das pessoas há que se preocupar com a dignidade do indivíduo e aquilo que isto representa para sua vida, uma vez que deve ser preservada sua liberdade de constituir sua família conforme sua vontade.

Importante, salientar ainda, que o cônjuge poderá por meio de doação dispor de seus bens, uma vez que a lei não traz imposições que o proíbam, apenas estabelece, por

²³ THOMÉ, Liane Maria Busnello. **A dignidade da pessoa humana e Mediação Familiar**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010. p. 55.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2011. p. 59.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. Vol. 6. 28ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144.

meio do artigo 548 do Código Civil Brasileiro²⁶, que seja reservado uma parte para a subsistência do doador e impede a doação para concubina, por meio do artigo 550²⁷, do Código Civil Brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A restrição à liberdade de escolha do regime de bens, acaba somente por ferir a liberdade do idoso e não de impedi-lo de se desfazer de seus bens.

O artigo 1641, II do Código Civil Brasileiro, alterado pela Lei 12.344, que disciplina a limitação ao idoso quanto ao regime de separação obrigatória de bens, contraria claramente o princípio basilar e fundamental, da dignidade da pessoa humana e impede que a pessoa idosa tenha o poder de escolher livremente o regime de bens que deseja adotar.

A limitação do legislador em relação às demais pessoas elencadas no referido artigo 1.641 se justifica em razão do patrimônio não pertencer exclusivamente à pessoa que pretende contrair novas núpcias, mas para os idosos maiores de setenta anos, que detém o direito de propriedade exclusiva sobre seus bens adquiridos durante toda uma vida, discrimina e fere princípios constitucionais, pois o patrimônio amealhado durante toda uma vida lhe pertence com exclusividade. Parece que o legislador civil busca a proteção dos eventuais herdeiros da pessoa maior de idade e não a proteção da dignidade do idoso. Não lhe reconhece o direito de afeto, de constituir um casamento com o regime de bens que desejar.

Com essa imposição, a pessoa que conta com mais de 70 anos sente-se incapaz de dispor de seu patrimônio, pois não possui autonomia para decidir sobre sua própria vida, mesmo depois de tantos anos em que acumulou vasta experiência e maturidade.

O legislador brasileiro não pode restringir os direitos patrimoniais das pessoas idosas em razão de casamento sob o argumento de proteção dos bens e longe de ser uma

²⁶ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 379. Artigo 548: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

²⁷ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 380. Artigo 550: “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”.

proteção ao patrimônio do idoso é uma sanção legislativa à sua dignidade, sua autonomia de vontade e a seu direito de constituir uma família baseada na afetividade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Anotado e Legislação Complementar. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. VADEMECUM. Organização da Editora Saraiva. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais. Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FILHO, Hélio Abreu. Comentários sobre o Estatuto do Idoso. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Direito de Família e das Sucessões. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n. 24, p. 136-156, Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. Revista Brasileira de Direito de Família, ano II, n. 12, p. 40-55, Jan. /Fev./Mar. Porto Alegre: IBDFAM, 2002.

_____. As Vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no Direito Brasileiro. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VI, n. 26, p. 5-34, Out. /Nov. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Direitos Humanos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NETO, Antonio Rulli. Proteção Legal do Idoso no Brasil. Universalidade da Cidadania. São Paulo: Fiúza Editores, 2003.

NETO, João Pedro Gebran. A Aplicação imediata dos Direitos e Garantias individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil. Direito de Família. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família e Solidariedade. Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família. 28º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 4ª ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. Trabalhos apresentados no VI Congresso Brasileiro de Direito de Família. p. 203-220. Rio de Janeiro, IBDFAM, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 4ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

_____. Direito Civil. Direito das Sucessões. 9ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011.