

## **O REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOA COM MAIS DE SETENTA ANOS<sup>1</sup>**

Alessandra Barboza Leal da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho aborda, à luz dos princípios jurídicos e direitos fundamentais, a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, prevista no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002. Inicia pela visão evolucionista da origem histórica da família, até chegar à concepção da família conjugal moderna, por meio de um exame sistêmico do processo de mudança social. Analisa a dicotomia entre o público e o privado da sua natureza jurídica, bem como a função do Estado ao estabelecer normas na formação da entidade familiar. Trata, outrossim, das espécies de regimes de bens no casamento e na união estável, destacando-se o regime de separação de bens obrigatório imposto à pessoa maior de setenta anos. Ilustra o processo de envelhecimento por meio dos depoimentos autobiográficos de Cicero e Bobbio, objetivando a percepção da velhice e a necessidade da especial tutela jurídica do idoso. Ainda, menciona a teoria da eficácia e dos limites dos princípios jurídicos e direitos fundamentais para, ao final, apreciar a (in)constitucionalidade da ingerência contida na norma que limita ao idoso optar pelos diferentes regime de bens.

Palavras-chave: Família. Regime de bens. Idoso. Direitos fundamentais.

### **INTRODUÇÃO**

A concepção de meio familiar cada vez mais se mostra aberta a mudanças e, atento a isso, o Código Civil se mostra flexível ao tema, demonstrando em seu cerne o reflexo dessa metamorfose. O Direito das Famílias é o guardião dessa transformação, é ele quem irá regulamentar e normatizar essas evoluções ao longo do tempo.

Em que pese o comentário, o Código Civil se mostra defasado em algumas matérias, não merecendo destaque pelo legislador a intenção de reparar questões que se mostram desalinhadas em relação aos princípios fundamentais elencados na Carta Magna de 1988.

---

1 Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Daniel Ustarroz, em 28 de junho de 2016.

2 Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 258, parágrafo único, inciso II, obrigava a adoção do regime de separação total de bens de homens maiores de sessenta anos e de mulheres maiores de cinquenta anos.

O Supremo Tribunal Federal, já em 1964, ao apreciar as hipóteses decorrentes da aplicação do mencionado dispositivo, editou a Súmula 377, a qual afirmava que “no regime de separação de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. A partir da referida decisão, com fundamento no disposto no artigo 259 do Código Civil da época, os bens adquiridos na constância do casamento se comunicariam no regime obrigatório.

No entanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, inciso II, reeditou o antigo artigo 258 e, desta feita, não fez referência ao artigo 259, revogando-o, o que acarretaram dúvidas acerca da validade do enunciado editado pelo Supremo Tribunal Federal.

O ilustre doutrinador Rolf Madaleno (2013, p. 818-9), ao analisar o artigo 1.641 do Código Civil, afirma que “O artigo 1.641 do Código Civil representa um equívoco retrocesso da lei quando os rigores do regime legal da separação de bens já haviam sido abrandados pelas lições jurisprudenciais firmadas.”

Não bastasse a controvérsia, nova alteração legislativa, decorrente da Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010, alterou de sessenta para setenta anos a obrigatoriedade do regime de separação de bens. Apesar da alteração legislativa mais benéfica, percebe-se que o legislador insiste na norma proibitiva.

Visando à proteção ao idoso, o Estado intervém nas relações familiares de forma imperativa ao proibir aquele de dispor livremente sobre a escolha do regime de bens, sendo-lhe vedado à autonomia de sua vontade.

Por essa razão, reacendeu, na doutrina e na jurisprudência, o debate acerca do direito do idoso em escolher ou não livremente o regime de comunhão de bens no casamento.

Diante do referido desalinhamento, o presente trabalho tem como escopo, instigar as variadas formas de resolução, à luz dos princípios constitucionais, sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens para pessoa maior de setenta anos.

## **1. A INSTITUIÇÃO FAMILIAR**

A “família” é fruto de uma longa evolução histórica<sup>3</sup>, ainda hoje em constante mutação.

---

<sup>3</sup> “Nenhuma outra instituição humana teve uma evolução tão notável, uma história tão rica de acontecimentos, de avanços e retrocessos, de conquistas e derrotas; nenhuma outra instituição se revela tão duradoura, estável, extraordinariamente permanente quanto a família.” (LEITE, 1991, p. 22)

É no século XIX, a partir dos estudos de Lewis Henry Morgan<sup>4</sup>, que as investigações acerca da origem da família passaram a ter uma análise evolucionista ou materialista, contrapondo-se à antiga visão espiritualista.

A doutrina espiritualista afirmava que a família “resulta de uma tendência natural e estável que impele o homem a viver em sociedade”. (BARBOSA, 1948, p. 32).

A doutrina espiritualista tem como certo que a verdadeira origem natural e social da família se encontra nas inclinações pessoais e sociais do homem; inclinações que visam a conservação da espécie, o aperfeiçoamento da raça e a defesa mútua das pessoas. (Ibidem, p. 34)

Por sua vez, segundo os evolucionistas, a forma e a estrutura da família decorre de uma evolução histórica, influenciada pelo desenvolvimento da técnica e da economia. Morgan, conforme Friedrich ENGELS (1984, p. 55), divide em três épocas principais a pré-história da humanidade: estado selvagem, barbárie e civilização<sup>5</sup>.

A família surge, no período selvagem, dos laços de consanguinidade, passando pela família em grupos ou punaluana<sup>6</sup>. Na barbárie, verifica-se o sistema sindiásmico, o qual consiste na formação de um casal, porém “a poligamia e a infidelidade ocasional continuam a ser um direito dos homens, embora a poligamia seja raramente observada, por causas econômicas” (ENGELS, 1984, p. 83).

A organização da família portanto, segundo os evolucionistas, é o resultado de um processo natural evolutivo, de uma condição inferior para uma condição superior.

Novamente fatores econômicos acarretaram mudanças na organização social<sup>7</sup>. O sistema sindiásmico dá lugar à família patriarcal, abolido-se a filiação feminina e o direito hereditário materno, caracterizando-se pela submissão ao poder paterno do seu chefe.

Relativamente à origem etimológica da palavra “família” vem do vocábulo latino *famulos*<sup>8</sup>, que designa “escravo”. O termo tem ligação com a definição de “posse” e

4 “Na América, Morgan redescobriu, à sua maneira, a concepção materialista da história – formulada por Marx, quarenta anos antes – e, baseado nela, chegou, contrapondo barbárie e civilização, aos mesmos resultados essenciais de Marx.” (ENGELS, 1984, p. 33)

5 “Estado Selvagem. – Período em que predomina a apropriação de produtos da natureza, prontos para serem utilizados; as produções artificiais do homem são, sobretudo, destinadas a facilitar essa apropriação. Barbárie. – Período em que aparecem a criação de gado e agricultura por meio do trabalho humano. Civilização. – Período em que o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, período da indústria propriamente dita e da arte.” (ENGELS, 1984, p. 61)

6 “O sistema punaluano foi perfeitamente observado nas tribos havaianas de Honolulu. A punalua (ou família punaluana) havaiana tem origem na tendência de se unirem em grupos de dois ou mais irmãos, ou de duas ou mais irmãs, dispondo em comum das respectivas esposas e dos respectivos maridos.” (LEITE, 1991, p. 29)

7 “[...] as riquezas, à medida que iam aumentando, davam, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a da mulher na família, e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a idéia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito dos seus filhos, a ordem de herança estabelecida.” (ENGELS, 1984, p. 93)

8 “Originando de *famulus*, que significa escravo, o termo, provavelmente originário da palavra *osca famel* (*servus*) que quer dizer escravo, o termo família não se referia ao casal ou aos seus filhos, mas ao conjunto de escravos e de servos que trabalham para a subsistência e se achavam sob a autoridade do *pater famílias*.”

“obediência” e surge no período patriarcal.

Por fim, tem-se a família monogâmica, marcada pela união de um só casal revestindo-se da figura definitiva do marido e da mulher, até o momento não conhecidas. São seus elementos, segundo LEITE (1991, p. 41): a coabitação por casais isolados, a subordinação da mulher ao homem, a quem incumbe o controle do núcleo familiar, a fidelidade feminina e o direito hereditário imposto pela linha paterna.

O sociólogo Georg Simmel, com destaque em sua obra *The Sociology of the Money*, afirma que, a partir da monogamia, da transição do casamento por compra para o casamento por dote e da divisão do trabalho entre os sexos, decorrentes de mudanças sociais, houve uma revolução no instituto do casamento, já que proporcionou o surgimento de regras e de prescrições protetivas às mulheres.

[...] a organização dos assuntos matrimoniais como encontrado em casamento por compra significa um progresso considerável quando comparado com as condições mais brutais de casamento por roubo ou de relações sexuais completamente primitivos que, embora não completamente promíscuo, foram, no entanto, provavelmente realizadas sem o estabelecimento de norma, o que foi proporcionado pela regulação da compra social de uma esposa.<sup>9</sup> (SIMMEL, 2004, p. 373).

Simmel, foi pioneiro ao abordar novos elementos de organização de vida familiar e conjugal, tais como a condição da mulher e os sentimentos de amor e de fidelidade, não se limitando aos aspectos meramente econômicos ou políticos:

O que às vezes é dito hoje na justificação do casamento de conveniência, que o amor virá com o casamento, é sem dúvida alguma verdade para o desenvolvimento histórico da nossa espécie. A reversão que ocorreu aqui a sociologia pôde detectar muitos pontos importantes: o que foi a causa para a espécie é um efeito para o indivíduo e vice-versa. Foi apenas a validade da monogamia, que surgiu a partir de circunstâncias econômicas e políticas, que trouxe para o primeiro plano os sentimentos específicos do amor e da fidelidade para a vida; e agora, inversamente, a emergência deste sentimento constitui o ímpeto para o indivíduo se casar.<sup>10</sup> (SIMMEL, 1999, p. 290)

A partir deste contexto histórico, é possível entender a origem da “família conjugal moderna”. Para tanto, faz-se necessário a compreensão das lições do sociólogo francês Émile Durkheim, fundador da sociologia da família:

(LEITE, 1991, p. 40)

<sup>9</sup> Texto original: “[...] the organization of marriage affairs as found in marriage by purchase signifies considerable progress when compared with the more brutal conditions of marriage by robbery or of completely primitive sexual relationships which, although not completely promiscuous, were none the less probably carried out without that stabilizing norm that was supplied in the socially regulated purchase of a wife.”

<sup>10</sup> Texto original: “What is sometimes said today in justification of marriage of convenience, that love will come with the marriage, is without any doubt true of the historical development of our species. A reversal has taken place here that sociology can detect at many important points: what was a cause for the species is an effect for the individual and vice versa. It was only the validity of monogamy, that had arisen from economic e social circumstances, which brought about the specific feelings of love and lifelong fidelity in the first place; and now conversely, the emergence of this feeling is the impetus for the individual to marry.”

O autor ilustra a sua ideia quando refere a necessidade de intervenção estatal a propósito, por exemplo, da protecção dos órfãos, ou da limitação à intervenção dos pais quando eles excedem certos limites. E defende que os laços de parentesco são indissolúveis, porque doravante há normas – direitos e deveres – que regem o contrato específico que é o casamento e a filiação, não podendo ninguém que se tenha submetido a essas normas subtrair-se a elas. Enquanto na família patriarcal o poder do pai não tem limites porque, teoricamente, será sempre em nome do colectivo e do interesse “privado” do grupo familiar que ele agirá, na família conjugal moderna, liberta das amarras do parentesco e de interesses particulares do grupo familiar que se imponham à vontade das pessoas, deve estar a cargo do Estado a regulação dos interesses, a protecção dos mais frágeis. (TORRES, 2010, p. 44)

Ainda, importa citar as conclusões de Émile Durkheim, em sua importante obra *La famille conjugale* (1921, p. 9-14): “Enquanto a família perde terreno, o casamento, ao contrário, é fortalecido”<sup>11</sup>.

Já no século passado, a partir da década de 50, o sociólogo norteamericano Talcott Parsons, influenciado por Durkheim e por Sigmund Freud (HITA, 2005, p. 120), combina os sistemas de institucionalização e de interiorização, para criar, de forma estrutural e funcional, sua “teoria sistêmica da ação social”<sup>12</sup>, com o objetivo de descrever o modo de funcionamento da sociedade, porém eivado de visões ideológicas acerca da distinção entre os sexos.

William Goode, também utilizando-se do modelo estruturo-funcionalista, contrapondo-se à teoria parsoniana, encerra esta breve perspectiva histórica da transformação da família, ao ressaltar a necessidade de se analisar a família como variável independente no plano teórico<sup>13</sup>, bem como ao afirmar serem as mulheres sujeitos de direitos e de cidadania idênticos aos homens (GOODE, 1969, 79-95) e, ainda, ser o amor elemento de ação na estrutura social.

Família apresenta diversos significados conforme a área da ciência humana, como a sociologia, a antropologia ou o direito.

Importa mencionar que as definições sociais e políticas de uma determinada época influenciam a compreensão das relações familiares e, por consequência, o conceito de família.

Nesse sentido, Adriana Maluf (2010, p. 6) apresenta um conceito mais dinâmico de família adaptado ao momento histórico:

[...] a família pode ser definida como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra

11 Texto original: “Tandis que la famille perd du terrain, le mariage au contraire se fortifie”

12 Talcott Parsons (1969, p. 19) classifica em quatro subsistemas de ação humana: o organismo, a personalidade, o sistema social e o sistema cultural.

13 “A análise precedente acentua a influência independente das variáveis de família. Significa isso que elas também têm sua influência; que os padrões de família não podem ser preditos apenas através do conhecimento de fatos econômicos ou tecnológicos, e que mesmo quando as variáveis de família são sobrepujadas por outros grupos de forças elas resistem e, por conseguinte, provam que devem ser levadas em consideração em qualquer análise adequada da sociedade.” (GOODE, 1969, p. 36)

inserido em determinado momento histórico, observadas a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, em que se encontra inserida.

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 2) trabalha o conceito de família por dois enfoques, a relação de parentesco e a família conjugal<sup>14</sup>:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

Paulo Lobô (2011, p. 18), por sua vez, apresenta o conceito de família de uma forma mais estruturada e funcional:

“Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÓBO, 2011, p. 18)

O casamento, apesar de ser encontrado em outras civilizações, produziu, no âmbito normativo, sua maior relevância na organização patriarcal na família romana. É em Roma que a base da família natural passa a ser o casamento e, segundo o direito romano, é resultado da “convivência do homem e da mulher com a intenção de ser esposo e esposa, de ter filhos e constituir uma sociedade íntima e perpétua”<sup>15</sup>.

O conceito de casamento, assim como o de família, está sujeito aos fenômenos sociais e temporais, razão pela qual, da mesma forma, não pode ser tido como um conceito imutável, mas adaptado às novas relações da sociedade.

Com brilhantismo Clóvis Beviláqua (1976, p. 34) explica, em sua obra, que o casamento se concretiza quando:

[...] um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

O ilustre doutrinador Pontes de Miranda (2001, p. 91) entende que o conceito de casamento, do ponto de vista contratual, equipara-se ao sacramento.

Em relação ao instituto do matrimônio, prescreve o artigo 1.511, do Código Civil

14 Referida concepção é encontrada pela primeira vez na obra *La famille conjugale* de 1892, do sociólogo Emili Durkheim.

15 FRANCISCI, Pietro de. *Sintesis Historica del Derecho Romano*. Madrid: Revista de Direito Privado, 1954. p. 458. Apud, LEITE, 1991, p. 57.

de 2002 que: “Art. 1511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

O matrimônio é a convivência entre ambos os cônjuges, com respeito a suas diferenças, observados os direito e deveres impostos pela lei.

O referido Código Civil, ao passo que regulamenta a constituição da família com o casamento, também normatiza direitos e deveres.

O casamento também é definido como sendo “um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (LÔBO, 2010, p. 100).

Os doutrinadores, Renata Barbosa e Walsir Rodrigues (2012 p. 91) estabelecem uma definição de casamento com base na autonomia da vontade e, prescrevem:

Atualmente, o casamento firma-se mais na autonomia privada, na comunhão plena de vida, na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir nas relações familiares. Perdeu, portanto, a característica de instituição jurídica capaz de se sobrepor à pessoa de cada um dos seus componentes para assumir a função de promover essas mesmas pessoas.

Em uma análise sobre o conceito de casamento tem-se a presença da comunhão de vontades entre os companheiros, tendo como finalidade, oficializar a união com à consagração do casamento, nascendo então, para ambos os cônjuges, deveres recíprocos.

Notam-se as constantes modificações que vem enfrentando o conceito de casamento<sup>16</sup>. É preciso estar atento às necessidades de uma sociedade em fomento, procurando adequar a norma ao caso concreto e, respeitando, acima de tudo, a autonomia privada exercida por membro de uma unidade familiar.

Não diferente, doutrina diverge sobre a natureza jurídica do casamento, tendo em vista a sua complexidade.

Renata Almeida e Walsir Júnior (2012, p. 93) abordam as classificações da natureza jurídica do casamento à luz de três teorias: a contratualista; a institucionalista e a mista (ecclética ou híbrida).

A teoria contratualista na visão dos referidos autores (2012, p. 93), como o nome já se refere, entendem que o casamento se perfectibiliza em um contrato, explicando a sua natureza contratual.

O contrato tem seu marco inicial na vontade dos contratantes, sendo de suma

---

<sup>16</sup> Exemplo mais recente de alteração no instituto do casamento foi a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual determinou que os cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva.

importância para o seu aperfeiçoamento. O contrato aqui referido, não perde sua qualidade por ser instituído por normas de direito privado e também de direito público; pelo contrário, a lei admite essa possibilidade.

Adepta a essa visão pode-se mencionar a doutrinadora Maria Berenice Dias (2013, p. 34) que alega a irrelevância e o desaparecimento do instituto da natureza jurídica do casamento. Admite que as normas estão previstas no código civil, daí a sua classificação como direito privado. Ainda menciona que há normas de ordem pública que visam o interesse da coletividade, mas que, nem por isso retira o seu caráter privado.

Na teoria institucionalista o estado tem papel de elaborar as normas, que são de interesse público, restando somente aos contraentes assentir ou não com a imposição (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 94). Ato contínuo, a concordância com as normas gera a submissão de ambos os cônjuges a direitos e deveres recíprocos, que também se encontram antecedidos no texto de lei. Daí a característica de direito público, o estado como instituidor da norma.

Para a teoria mista (ALMEIDA; JÚNIOR, 2012, p. 94), também denominada híbrida ou eclética, o casamento “é concomitantemente um contrato na sua formação e uma instituição no seu conteúdo”. Em um primeiro momento os cônjuges concordam, ou não concordam, com as regras estabelecidas. No que se refere ao caráter institucionalista, admite a função do estado em estabelecer as normas, em um segundo momento, após a celebração do contrato, ficando submetido a este.

Pode-se verificar uma peculiaridade em relação à natureza jurídica do casamento, tratando-se de um instituto único que decorre da comunhão de vontades entre os cônjuges que se declaram marido e mulher na forma da lei, nascendo para ambos direitos e deveres impostos pelo Estado.

Diante do exposto, a teoria que melhor descreve a natureza jurídica do casamento é a teoria mista, uma vez que o casamento compõe-se de regras de direito privado e, também, de normas de interesse público.

Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (teoria eclética ou mista). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente

diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos. (TARTUCE, 2015, p. 48)

O casamento, também chamado de “união civil”, não pode ser confundido com “união estável”. O termo “união civil” é empregado para a união reconhecida e formalizada pelo Estado. Já a “união estável”, por sua vez, decorre de uma situação de fato, criada para proteger famílias que não formalizaram o casamento.

A união estável, diferentemente do casamento, não se instaura documentalmente, mediante celebração de negócio jurídico. A sua instituição efetiva-se na ordem dos fatos, mediante relações de vida. O vínculo jurídico se forma, lentamente, por acontecimentos envolvendo o casal. [...]

Diversamente do casamento, que é negócio jurídico solene, a união estável se caracteriza pela informalidade, tanto por seu processo de formação quanto de dissolução. (NADER, 2013, p. 505-6)

Foi a partir da Constituição de 1988 que o instituto da união estável ganhou pleno reconhecimento, uma vez que, até então, não existia previsão legal.

Verifica-se no artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal a inclusão da equiparação entre o casamento (união civil) e a união estável, ao assim dispor: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher.”

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.723, preocupou-se em trazer a definição de união estável e estabeleceu os requisitos para a sua configuração:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O parágrafo 1º do artigo 1.723 afirma que “§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521<sup>17</sup>; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Por esse motivo, o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 144) afirma:

A união estável [...] caracteriza-se pela convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher desimpedidos para o casamento (CC, art. 1.723).

Já os doutrinadores Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze Gagliano, conceituam união estável como a relação entre duas pessoas, porém sem incluir como

17 “Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

requisito a distinção de sexo:

[...] união estável é a relação afetivo-amorosa entre duas pessoas, “não adúlterina” e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem o vínculo do casamento civil. (PEREIRA, 2011, p. 47)

[...] podemos conceituar a união estável como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família. (GAGLIANO, 2013, p. 424)

O doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 168) esclarece acerca da equiparação da união estável em entidade familiar:

É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.

Portanto, a união estável é forma reconhecida de entidade familiar distinta do casamento.

### **1.1. Dos regimes de bens contemplados no Código Civil**

O atual Código Civil, na parte do Direito de Famílias, em seu Título II, aborda o chamado direito patrimonial, regulamentando as relações de ordem econômica da família, os regimes de seus bens.

Por regime de bens tem-se como sendo “o estatuto que rege patrimonialmente os cônjuges e as relações destes perante terceiros, desde a celebração do casamento até sua dissolução” (BRANDÃO, 2008, p. 56).

Para Clóvis Beviláqua, regime de bens é “o conjunto dos princípios jurídicos, que regulam as relações econômicas dos cônjuges” (BEVILÁQUA, 1976, p. 171).

O mencionado diploma, além de tratar do regime de bens no casamento, também abarca àqueles que optam pela união estável, de acordo com o que preceitua o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal<sup>18</sup>.

O legislador, portanto, coloca à disposição dos casais algumas opções de regime de bens, objetivando regular as questões sobre o acervo patrimonial de cada um dos nubentes, precisando a forma de aquisição, administração e alienação dos bens durante o curso da sociedade familiar.

---

<sup>18</sup> Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal: “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

São previstos quatro tipos de regimes de bens no casamento: de separação, de comunhão universal, de comunhão parcial e de participação final nos aquestos.

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, conforme alude o artigo 1.639 do Código Civil.

Tem-se, portanto, como regra, a livre escolha pelos cônjuges do regime patrimonial do casamento.

Em base no mencionado dispositivo, é facultado aos cônjuges a escolha dos regimes, inclusive regulamentar, da forma que melhor lhes prover, livremente os seus bens.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 445) leciona:

[...] esse diploma, além de facultar aos cônjuges a escolha dos aludidos regimes, permite que as partes regulamentem as suas relações econômicas fazendo combinações entre eles, criando um regime misto, bem como elegendo um novo e distinto, salvo nas hipóteses especiais do art. 1.641, I a III, em que o regime da separação é imposto compulsoriamente.

O Código de 2002, ainda, inovou ao admitir a possibilidade de alteração do regime de bens, hipótese que, pelo Código Civil de 1916, não era permitido, no entanto, a referida modificação exige autorização judicial.

Na hipótese dos nubentes nada estipularem, vigorará o regime da comunhão parcial<sup>19</sup>, também chamado de regime legal ou supletório.

O regime da comunhão parcial é o regime legal ou supletório, que valerá para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, conforme prevê o art. 1.640 do CC. (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 126-7)

Passamos então a analisar, sucintamente, cada um dos regimes de bens no casamento.

O regime de separação de bens está previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil, onde cada cônjuge tem plena titularidade de seus bens já existentes ao tempo do casamento, e mantendo controle dos bens adquiridos na constância da união familiar.

O artigo 1.687 do Código Civil afirma:

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.

Assim, cada cônjuge é responsável pelas dívidas que realizou, ficando conservados e protegidos os bens do cônjuge que não as contraiu, ou seja, só poderá responder por dívidas, os bens daquele que as fez, ficando este sujeito as penas da lei.

---

<sup>19</sup> Artigo 1.640, do Código Civil: “Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

O regime de comunhão universal de bens, consagrado nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil, ao contrário do regime de separação de bens, comunica todos os bens do casal.

A regra está contida no artigo 1.667 do Código Civil:

Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

É irrelevante neste caso a distinção dos bens adquiridos antes e dos bens construídos durante a união conjugal, a divisão alcança os bens já existentes antes do matrimônio.

Já o regime da comunhão parcial de bens, referidos nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil, dispõe, em suma, que os bens anteriores ao casamento pertencem a cada um dos nubentes, inclusive os bens oriundos de doações, e até mesmo a herança.

Dessa forma, só podem se comunicar os bens posteriores, ou seja, aqueles construídos pelo casal por ocasião do casamento.

Por último, no regime de participação final nos aquestos, de acordo com os artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil, os bens de cada cônjuge são restritos, no que se refere a sua titularidade, permanecem, mesmo após o casamento, sendo exclusivo a cada um.

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

A administração fica a cargo de seu proprietário. Somente em caso de dissolução da relação conjugal a lei admite a separação da metade dos bens conquistados por ambos, durante o período do casamento.

A união estável, por sua vez, está regulada pelos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil.

O artigo 1.725 do Código Civil dispõe que, “na união estável, salvo contrato entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Assim, não celebrando os parceiros contrato escrito estabelecendo regra diversa, aplicar-se-á à união por eles constituída o regime da comunhão de bens abrangendo os aquestos, ou seja, os bens que sobrevieram na constância do casamento, permanecendo como bens particulares de cada qual os adquiridos anteriormente e os sub-rogados em seu lugar, bem como os adquiridos durante a convivência a título gratuito, por doação ou herança. (GONÇALVES, 2014, p. 644)

“Esse regime também é o legal no caso de união estável, não havendo contrato entre os companheiros em sentido contrário, conforme o art. 1.725 da atual codificação.” (TARTUCE, SIMÃO, 2013, p. 127).

Já, segundo o doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 180), afirma que à união estável aplicam-se as regras, quanto ao regime de bens, do regime legal da comunhão parcial, que reveste o casamento. Explica ainda que os bens adquiridos na constância da união estável até a sua dissolução compõem o acervo comum de bens dos companheiros.

Merece destaque, ainda, o previsto no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual prevê “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

O artigo 1.726 do Código Civil regulamenta o referido dispositivo: “Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”<sup>20</sup>

A conversão, diferentemente da habilitação no casamento, opera seu efeito *ex tunc*, o que significa a retroação dos efeitos à data do início da união estável, inclusive com relação ao regime de bens.<sup>21</sup>

## 1.2. Do regime de bens obrigatório

É chamado de regime de bens obrigatório aquele em que não é permitido aos cônjuges convencionar, decorrendo de obrigatoriedade prevista em lei.

“Se imposto pela lei, é chamado de regime obrigatório; caso contrário, será chamado de regime convencional.” (BRANDÃO, 2008, p. 175).

O artigo 1.641 do Código Civil dispõe sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas

20 Há sérias críticas na doutrina acerca do artigo 1.726 do Código Civil, uma vez que o procedimento judicial não facilitou a conversão da união estável em casamento. A antiga Lei n. 9.278/96, em seu artigo 8º, previa maior facilidade ao requerer a conversão diretamente perante o registro civil: “Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”

21 “Contudo, a conversão de precedente união estável em casamento chama a atenção para o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil que impõe o regime obrigatório da separação de bens para a pessoa maior de setenta anos (Lei n. 12.344/2010), cuja restrição não deve ser aplicada, permitindo assim, a livre-escolha do regime matrimonial para o septuagenário, na hipótese de ter existido comunhão precedente de vida ou da qual tenham resultado filhos, tal qual previa o artigo 45 da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977). Assim, se uma pessoa de mais de setenta anos quer converter sua união estável em casamento poderá fazê-lo pelo regime que melhor lhe aprouver, pois o permissivo do artigo 45 da Lei do Divórcio surgiu para atender, com espírito de justiça, aos casais que mantinham convivência informal, estimulando o casamento daqueles que se achavam em união natural e afastando a presunção de mero interesse material.” (MADALENO, 2013, p. 1134)

suspensivas da celebração do casamento (inc. I), da pessoa maior de 70 (setenta) anos (inc. II) e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (inc. III).

Importa, para uma melhor compreensão, tratar da origem histórica do artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil<sup>22</sup>.

O referido artigo tem por referência o artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, o qual obrigava a adoção do regime de separação de bens de homens maiores de sessenta anos e de mulheres maiores de cinquenta anos.

Aduzia o citado artigo 258 em sua redação original:

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: [...] II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

O ilustre doutrinador Pontes de Miranda (1947, p. 135-6), ao analisar o antigo artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, discorre sobre a origem do dispositivo, afirmando que a “velhice” ou a diferença de idade não era considerada causa de impedimento do matrimônio, porém há, no direito comparado, vedação ao casamento entre pessoas com grande diferença de idade.

3. A velhice não é impedimento; tão-pouco, a diferença de idade entre os nubentes. No direito romano, não é verdade que a *lex Papia Poppaea* vedasse o casamento dos varões de mais de sessenta anos e das mulheres de mais de cinquenta. É de crer-se, porém em posterior proibição. O direito alemão anterior ao Código Civil negava, às vezes, o casamento entre nubentes de idade muito distantes.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 473) leciona acerca do caráter protetivo do referido dispositivo:

A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher, o limite de idade era 50 anos.

Posteriormente, em 1979, por meio da Lei n. 6.515, altera-se o regime legal, de comunhão universal para comunhão parcial, modificando-se o caput do artigo 258: “Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial.”

Tal alteração, no entanto, não interfere na obrigatoriedade do regime de separação de bens nas hipóteses legais anteriormente elencadas.

No ano de 2002, é publicado o novo Código Civil que, em sua redação original,

<sup>22</sup> Artigo 1.641 e inciso II do Código Civil: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II - da pessoa maior de sessenta anos;”

previa no artigo 1.641, inciso II, ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos, unificando-se a idade.

Art. 1.641<sup>23</sup>. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
[...] II – da pessoa maior de sessenta anos;

Alteração legislativa, decorrente da Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010, alterou o seu inciso II<sup>24</sup>, passando de sessenta para setenta anos a obrigatoriedade do regime de separação de bens, cuja redação é a atualmente vigente.

As causas suspensivas da celebração do casamento estão previstas no artigo 1.523, do Código Civil:

Art. 1.523. Não devem casar:

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

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

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

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

Por sua vez, a necessidade de suprimento judicial está contida no artigo 1.553 do Código Civil<sup>25</sup>, e ocorre quando um dos nubentes não atingiu a idade núbil, ou seja, possui entre 16 a 18 anos de idade.

Vislumbra-se que, tanto na hipótese das causas suspensivas da celebração do casamento, quanto no casamento mediante suprimento judicial, após superada a causa ou implementada a idade, há possibilidade de alteração do regime de bens, na forma do artigo 1.639, § 2º, do Código Civil.

Já a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, diferentemente dos demais casos previstos, a lei não admite nenhuma faculdade de alteração do regime.

Outrossim, a imposição do regime de separação de bens à união estável não é unânime.

23 Importante anotar que constava na redação original do Projeto de Código Civil, no caput, a expressão “sem a comunhão de aqüestos”, expressão essa de relevantes efeitos jurídicos, que se manteve no Projeto aprovado pela Câmara dos Deputados e na redação aprovada pelo Senado Federal. Foi, no entanto, retirada pelo Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, presidida pelo Deputado Ricardo Fiuza. (CHINELATO, 2004, p. 291)

24 Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

25 Artigo 1.553 do Código Civil: “Art. 1.553. O menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.”

Ao abordar o regime de bens da união estável constatou-se que, nos termos do artigo 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Não há, por sua vez, na união estável, previsão legal acerca da imposição do regime da separação de bens às pessoas elencadas no artigo 1.641 do Código Civil.

Conforme Simone Orodeschi Ivanov (2007, p. 47), o regime obrigatório não seria aplicável à união estável:

[...], só poderiam ser aplicadas as regras do artigo 1.641 para a união estável se houvesse expressa previsão legal nesse sentido, e também, por serem extremamente restritivas de direitos, por não comportarem qualquer interpretação extensiva ou aplicação analógica, em relação ao regramento do matrimônio.

Sustentamos que, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o regime de bens no casamento é diferente do regime patrimonial da união estável. Quando o artigo 1.725 do Código Civil manda aplicar às relações patrimoniais da união estável, apenas “no que couber”, as regras do regime da comunhão parcial de bens do casamento, percebemos que não há equiparação dos efeitos patrimoniais deles decorrentes, devendo ser respeitadas as características e peculiaridades de cada regime. (IVANOV, 2007, p. 47)

No entanto, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial n. 1.090.722, entendeu que o regime de separação obrigatória de bens se aplica às uniões estáveis quando, pelo menos um dos companheiros, possuir mais de setenta anos de idade<sup>26</sup>.

Fundamentou-se o julgado no fato de que a não-extensão do regime da separação obrigatória de bens equivaleria ao desestímulo ao casamento, o que se distingue da finalidade do ordenamento jurídico, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário.

Assim, a completa compreensão do regime obrigatório de bens passa também, necessariamente, pela análise dos entendimentos emanados pelos Tribunais Superiores.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1964, editou a Súmula 377, a qual afirmava que “no regime de separação de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A referida decisão tinha por fundamento da redação do artigo 259 do Código Civil da época, o qual mencionava:

26 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. (STJ. Resp n. 1090722-SP, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 02/03/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: DJe 30/08/2010)

Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

Ressalta-se que o regime de comunhão a que se refere o Código Civil de 1916 é o da comunhão universal, o qual foi alterado somente em 1977, pela Lei n. 6.515.

O Código Civil de 2002, por sua vez, em seu artigo 1.641, inciso II, reeditou o antigo artigo 258 e, desta feita, não fez referência ao artigo 259, revogando-o, o que acarretou dúvidas acerca da validade do enunciado editado pelo Supremo Tribunal Federal.

Tudo decorre da origem atribuída à Súmula n. 377 do STF, de um lado aqueles sustentando que a súmula estaria radicada na interpretação atribuída ao revogado artigo 259 do Código Civil de 1916. Destarte, este dispositivo seria a motivação do enunciado sumular para ordenar a comunicação dos bens futuros no silêncio do pacto antinupcial acerca dos aquestos no regime de separação de bens, ou seja, sempre que não fosse expressamente escrito no contrato pactício que os bens a serem aferidos durante o casamento também não se comunicariam no regime da separação total de bens, acabaria sendo aplicado o verbete n. 377 do STF. (MADALENO, 2013, p. 124)

O Tribunal de Justiça gaúcho, ao apreciar ação de divórcio celebrado pelo regime da separação de bens, julgou recentemente pela aplicação da Súmula 377 do STF:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF. PARTILHA. DIREITOS E AÇÕES INCIDENTES SOBRE BEM IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA AQUISIÇÃO PELO PAR DURANTE O MATRIMÔNIO. DIREITOS E AÇÕES INCIDENTES SOBRE VEÍCULO. INCLUSÃO NA PARTILHA. (TJ-RS. Apelação Cível n. 70064977440, 8ª Câmara Cível, Rel.: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/08/2015).

No entanto, em recente notícia, datada de 21.9.2015, publicada na página da internet do Superior Tribunal de Justiça ([http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias)), há referência a um novo julgado, desta feita pondo fim à presunção:

Na dissolução de união estável mantida sob o regime de separação obrigatória de bens, a divisão daquilo que foi adquirido onerosamente na constância da relação depende de prova do esforço comum para o incremento patrimonial. A tese foi firmada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Segundo o relator do caso, ministro Raul Araújo, a presunção legal do esforço comum, prevista na lei que regulamentou a união estável (Lei 9.278/96), não pode ser aplicada sem que se considere a exceção relacionada à convivência de pessoas idosas, caracterizada pela separação de bens.

O caso analisado diz respeito à partilha em união estável iniciada quando o companheiro já contava mais de 60 anos e ainda vigia o Código Civil de 1916 – submetida, portanto, ao regime da separação obrigatória de bens (artigo 258, I). A regra antiga também fixava em mais de 50 anos a idade das mulheres para que o regime de separação fosse adotado obrigatoriamente. O Código Civil atual, de 2002, estabelece o regime de separação de bens para

os maiores de 70 anos (artigo 1.641, II).

A decisão da Segunda Seção foi tomada no julgamento de embargos de divergência que contestavam acórdão da Terceira Turma – relativo à meação de bens em união estável de idosos iniciada sob o CC/16 – em face de outro julgado do STJ, este da Quarta Turma. A seção reformou o acórdão da Terceira Turma, que havia considerado que o esforço comum deveria ser presumido.

Referida decisão coloca em xeque o entendimento jurisprudencial até então consolidado, onde o esforço comum não é mais presumido, mantendo-se o regime de separação obrigatória de bens na convivência de pessoas idosas.

## 2. TUTELA JURÍDICA DO IDOSO

O protagonista deste trabalho, o “idoso”, merece uma especial abordagem, uma vez que o envelhecimento se trata de um processo complexo de alteração na vida das pessoas e na sociedade. A percepção desse processo é fundamental para a compreensão do real significado de envelhecer, bem como do sistema jurídico de proteção ao idoso.

O desejo de muitas pessoas é ter uma vida longa e, paradoxalmente, uma idade avançada está atrelada à velhice ou ao processo de envelhecimento.

A compreensão sobre a velhice exige um olhar reflexivo acerca das suas dimensões e a necessidade de se confrontar as diferentes facetas do processo de envelhecimento. Tal percepção passa por uma análise biopsicossocial e não meramente cronológica.

Dentre as obras mais célebres que ilustram o tema, destacamos a do filósofo e jurista romano Cícero, no Século I a.C., o autor de “De Senectute: Saber Envelhecer”, onde descreveu os prazeres da sua velhice aos 60 anos de idade:

Se não estamos prometidos à imortalidade, mesmo assim continua sendo desejável extinguir-se no momento oportuno. A natureza fixa os limites convenientes da vida como de qualquer outra coisa. [...] A velhice é a cena final dessa peça que constitui a existência. Se estamos fatigados dela, então partamos, sobretudo se estamos saciados (CÍCERO, 1997, p. 65)

Noutra visão, o não menos famoso testemunho autobiográfico do italiano Norberto Bobbio, também jurista e filósofo, em “O Tempo da Memória: De Senectute”, no qual aborda o significado da velhice no mundo contemporâneo – na década de 90 – e retrata, aos seus 80 anos de vida, a limitação física, o sofrimento, o desânimo, o apego ao passado e o descontentamento na sua velhice.

Estou louco. Cada vez mais trôpego, as pernas cada vez mais fracas, apoiado à bengala, amparado por minha mulher, ainda atravesso a rua. A maior parte

dos amigos com quem dividi, durante anos, meus interesses, estudos, minhas paixões, meus ideais, já não a atravessam mais, e, no entanto, pareciam bem mais robustos do que eu (BOBBIO, 1997, p. 35).

A velhice é a última fase da vida, representada na maioria das vezes como aquela da decadência, da degradação, da parábola descendente de um indivíduo [...] (BOBBIO, 1997, p. 45).

As experiências vivenciadas por Cícero e Bobbio espelham com propriedade duas formas diametralmente opostas, bem como desmistificam a ideia de uma forma homogênea de velhice.

Assim, conclui-se com as lições de Bobbio, ao descrever dois extremos, o velho “satisfeito” e o “desesperado”, que “entre esses dois extremos existe uma infinidade de outros modos de viver a velhice” (1997, p. 28-9).

As lições de Cícero e de Bobbio demonstram a existência de divergências acerca da condição de “idoso”, se decorre da análise das condições biopsicológicas (em cada caso) ou de um critério único em razão da idade (objetivo).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 230, assegura a participação na sociedade, o direito à dignidade, ao bem-estar e à vida do idoso:

Art. 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.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A carta magna, no entanto, apesar de prever, em seu texto, outras referências ao “idoso” (art. 203, V, CF) e à “velhice” (art. 203, I, e art. 229, CF), não estabelece uma conceituação ou qualquer solução à divergência apontada.

Foi a partir da Lei n. 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso, que se estipulou o critério absoluto da idade, ou seja, considerou idosa toda pessoa com idade ou superior a 60 (sessenta) anos<sup>27</sup>. Não foi só, a lei tornou-se verdadeiro marco histórico dos direitos da população idosa no Brasil ao “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade” (art. 1º).

Em 2003, é publicado o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (art. 1º).

Dentre os inúmeros dispositivos da Lei n. 10.741/03, importa mencionar o seu artigo 2º, o qual prevê que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa

<sup>27</sup> “Art. 2º Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.”

humana:

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

Ainda, destacam-se os artigos 3º e 10 referida lei, os quais prevêm garantias ao idoso, ao assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos seus direitos:

Art. 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.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Verifica-se não só a previsão de um direito subjetivo ao idoso, mas também um direito objetivo à medida em que impõe um dever ao Estado e à sociedade de promovê-los, seja por políticas públicas (Política Nacional do Idoso), seja pelo seu reconhecimento e efeitos no ordenamento jurídico (Estatuto do Idoso).

Outro ponto que merece destaque é a análise da capacidade civil do idoso de praticar livremente atos jurídicos<sup>28</sup>.

O Código Civil (Lei n. 10.406/02) estabelece, no seu artigo 1º, que “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O artigo 4º do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), por sua vez, elenca as hipóteses de incapacidade civil relativa<sup>29</sup>:

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.

Portanto, nos termos do artigo 1.767 do Código Civil<sup>30</sup>, somente as incapacidades relativas previstas nos incisos II a IV estão sujeitos à curatela.

28 “Denomina-se ato jurídico [*lato sensu*] o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (MELLO, 2011, p. 178)

29 A incapacidade civil absoluta, a partir da Lei n. 13.146/15, restou restrita à hipótese de “menores de 16 (dezesseis) anos” (art. 3º).

30 “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II – (Revogado); III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV – (Revogado); V - os pródigos.”

A Lei n. 8.842/94, no seu artigo 10, § 1º, traz importante dispositivo referente à possibilidade do idoso de livremente<sup>31</sup> dispor de seus bens, salvo incapacidade judicialmente comprovada:

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

A regra, portanto, no ordenamento jurídico é o da capacidade, sendo a incapacidade uma exceção.

Dessa forma, o mero envelhecimento não é circunstância suficiente para ensejar a incapacidade, posto que, salvo comprovação de causa superveniente que tenha privado o idoso de seu necessário discernimento, este é capaz para todos os atos da vida civil.

## 2.1. Eficácia e limites aplicáveis dos princípios jurídicos e direitos fundamentais

A prévia abordagem do tema *eficácia e limites aplicáveis dos princípios jurídicos e direitos fundamentais* é de suma importância, uma vez que, a partir da correta compreensão da sua função e posição no sistema jurídico, permitirá a posterior análise da norma que obriga o regime obrigatório de separação de bens da pessoa maior de setenta anos.

A concepção de sistema jurídico, segundo Hans Kelsen, deriva de um “sistema dinâmico de normas”<sup>32</sup>. No entanto, a concepção dinâmica pela estrutura escalonada (pirâmide) da ordem jurídica de Hans Kelsen (1998, p. 155-94) dá lugar à moderna literatura jurídica de Niklas Luhmann, que teorizou a sociedade como um sistema autopoietico, permitindo-se, pela sua autorreferência<sup>33</sup>, que o direito mude a sociedade e vice-versa, mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.

[...] sobre os sistemas sociais autopoieticos, registramos que estes podem ser definidos como subsistemas sociais diferenciados por critérios próprios de seletividade das informações existentes em um ambiente de crescente e infinita complexidade (hipercomplexidade). (VIANA, 2011, p. 129)

31 “Aufere-se que a autonomia pode ser entendida em sentido amplo, como uma derivação do direito a liberdade, a capacidade de um sujeito para determinar o seu comportamento individual. Contudo, no Direito Privado, esse conceito é restringido. A autonomia é definida como a possibilidade de o agente decidir acerca da realização de atos ou negócios jurídicos.” (DINIZ, 2011, p. 97)

32 “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.” (KELSEN, 1998, p. 137)

33 “O sistema do direito, p. ex., na aplicação da norma na decisão jurídica abre-se à dimensão social e objetiva para analisar autorreferencialmente os fatos ocorridos no ambiente que possam ter algum sentido jurídico, ou seja, utilizando a linguagem da teoria geral do direito, possa constituir um fato jurídico. Sem isto, o direito deixaria de evoluir e de adaptar-se à dimensão social e suas modificações, somente reproduzindo decisões que tautologicamente remeteriam a normas, sem ocupar-se das alterações fáticas ligadas às já mencionadas dimensões temporais, objetivas e sociais operadas no ambiente. Desta forma, os fatos do ambiente serão analisados juridicamente (autorreferência).” (VIANA, 2011, p. 128)

Compreendida a visão dinâmica do sistema jurídico, passa-se à classificação das normas.

As “normas” podem ser distinguidas entre “princípios” e “regras”. Ambas possuem função essencial em um sistema jurídico aberto<sup>34</sup>, onde os primeiros permitem a sua complementação e o seu desenvolvimento, enquanto os segundos reduzem o grau de indeterminação e a complexidade do próprio sistema.

O constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 171), considera princípios jurídicos fundamentais:

[...] os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Diferenciam-se das regras jurídicas de direitos fundamentais:

Designam-se por normas de direitos fundamentais todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais. A importância das normas de direitos fundamentais deriva do facto de elas, directa ou indirectamente, assegurarem um status jurídico-material aos cidadãos. (CANOTILHO, 1993, p. 177).

O ilustre juiz, ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã, Konrad Hesse (2009, p. 33), nos ensina acerca do objeto e da função dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade.

Partimos, inicialmente, do conceito de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), o qual servirá de linha norteadora a este estudo:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram carácter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Verificam-se três principais componentes no conceito apresentado, quais sejam: “são direitos público-subjetivos”, estão “contidos em dispositivos constitucionais” e têm por

<sup>34</sup> “[...] é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e 'capacidade de aprendizagem' das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da 'verdade' e da 'justiça'.” (CANOTILHO, 1993, p. 165)

“finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

A primeira crítica ao conceito apresentado se faz à ideia de tratar-se tão-somente de um direito fundamental subjetivo<sup>35</sup>, ignorando também sua qualidade objetiva<sup>36</sup>.

Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. (CANOTILHO, 1993, p. 535)

A doutrina majoritária afirma existir a denominada “dupla natureza” dos direitos fundamentais, reconhecendo não só a sua função de direitos subjetivos como também de princípios objetivos da ordem constitucional<sup>37</sup>.

A eficácia irradiante obriga que todo o ordenamento jurídico estatal seja condicionado pelo respeito e pela vivência dos direitos fundamentais. A teoria dos deveres estatais de proteção pressupõe o Estado (Estado-legislador; Estado-administrador e Estado-juiz) como parceiro na realização dos direitos fundamentais, e não como seu inimigo, incumbindo-lhe sua promoção diuturna. (TAVARES, 2013, p. 358)

No âmbito da teoria constitucional, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 186), os direitos fundamentais não se limitam a serem direitos subjetivos, projetando-se em todo o ordenamento jurídico (eficácia irradiante), reconhecendo seu conteúdo normativo:

Como um dos mais importantes desdobramentos da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais, costuma-se apontar para o que boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucional na Alemanha denominou de uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.

A segunda oposição ao conceito inicial, decorre do fato dos autores afirmarem serem os direitos fundamentais “contidos em dispositivos constitucionais”, o que pode levar à equivocada conclusão de uma positividade fechada<sup>38</sup>.

O rol de direitos e garantias fundamentais expressos na atual Constituição Federal não é taxativo ou exaustivo, mas exemplificativo, conforme verifica-se pelo artigo 5º,

35 “Diz-se que uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o 'direito' a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objecto do direito.” (CANOTILHO, 1993, p. 532-3)

36 “Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.” (*ibidem*, p. 533)

37 “Pertence desde as origens da tradição dos direitos fundamentais a ideia de que eles não são só direitos subjetivos mas, ao mesmo tempo, princípios objetivos da ordem constitucional” (HESSE, 2009, p. 35-6)

38 Não se pretende discorrer sobre as escolas jusnaturalista ou positivista acerca da concepção dos direitos fundamentais, porém cabe destaque à teoria realista: “A positivação, para a corrente realista, não é considerada como o ponto final de um processo (como no sistema positivista), mas sim como condição a partir da qual se passa para o desenvolvimento das técnicas de proteção dos direitos fundamentais.” (TAVARES, 2013, p. 341)

parágrafo 2º:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Segundo Canotilho (1993, p. 497), “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”. O referido “reconhecimento” pode decorrer, segundo classificação do autor, da “constitucionalização” ou, ainda, da “fundamentalização” dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1993, p. 498).

Por “constitucionalização” temos “[...] a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário” (CANOTILHO, 1993, p. 498).

A categoria “fundamentalidade” divide-se em formal<sup>39</sup> e material<sup>40</sup>, onde importa ressaltar este último, o qual admite o reconhecimento de direitos fundamentais a partir do seu conteúdo, em que pese não ser formalmente fundamental.

A última observação ao conceito se faz à menção de terem os direitos fundamentais como “finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”, a qual está intimamente ligada aos seus efeitos e limites.

Desta feita, destaca-se a fundamentalidade formal dos direitos constitucionais, que impõem limites ao exercício do poder constituinte derivado reformador.

Os diferentes direitos fundamentais aplicam-se a diferentes domínios da vida. Nestes, ora limitados ora amplos, os direitos fundamentais, ao imporem ao Estado o ônus de justificação jurídica das ingerências, protegem o particular contra ingerências do Estado, ora na sua conduta em geral, ora também apenas em modos de conduta determinados. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 115)

Atrelado a este tema, reside importante e complexa problemática: restrição de direitos fundamentais e a harmonização entre direitos fundamentais colidentes.

39 “A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.” (CANOTILHO, 1993, p. 499)

40 Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. [...] só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1993, p. 499)

Os direitos fundamentais, por vezes, estão em conflito com outros direitos de mesma envergadura, o que impõe intervenção do legislador de modo a compatibilizar referidos direitos, resultando-se em “normas consagradoras de direitos fundamentais (concretização-restrição)”, segundo lições de Canotilho (1993, p. 601).

Os célebres juristas alemães Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 151) esclarecem que os conflitos resultam não do próprio direito, mas do exercício e abusos desse direito, assim “[...] as colisões nada mais são que conflitos entre seres humanos, resultantes de um exercício arbitrário da liberdade”.

O ilustre doutrinador Canotilho (1993, p. 601) aborda, com primazia, a questão da restrição de direitos constitucionalmente protegidos, afirmando que “só se deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efectiva limitação do âmbito de protecção desses direitos”. Aduz o autor, ainda, acerca do procedimento para a identificação de uma autêntica restrição de direitos, liberdades e garantias, sendo necessária a análise da “delimitação do âmbito de protecção da norma”<sup>41</sup>, a “averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição” e o “controlo da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema dos limites de limites)”.

A delimitação do âmbito de protecção da norma, estabelecidos na própria constituição<sup>42</sup>, é que definirá os limites imediatos do direito fundamental.

Adentrando à tipologia das restrições aos direitos fundamentais, de forma simplificada, temos “com reserva de lei” (limites mediatos) e “sem reserva de lei”.

É certo que também para os direitos fundamentais sem reserva de lei se aplica a ideia de que o exercício espontâneo da liberdade encerra em si o perigo de conflitos; mas a ausência de uma reserva de lei mostra que a Lei Fundamental não quis dar ao legislador a liberdade de apreciar e combater este perigo. No caso de direitos fundamentais com reserva de lei ordinária, esta liberdade é mais ampla; no caso daqueles com reserva de lei qualificada, é menor; e, naqueles sem reserva de lei, os poderes do legislador não podem no fundo ir mais longe do que reforçar os limites do alcance dos âmbitos de protecção dos direitos fundamentais. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 132)

A possibilidade do legislador limitar direitos fundamentais nas hipóteses em que não há reserva de lei justifica-se desde que haja a necessidade de solução aos direitos

---

41 “A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa protecção – âmbito de protecção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa – ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de protecção – reserva de lei restritiva.” (CANOTILHO, 1993, p. 602)

42 “Segundo a Constituição, as limitações resultam, em primeiro lugar da própria Lei Fundamental.” (HESSE, 2009, p. 64)

fundamentais de colisão:

Em não havendo reservas legais que autorizem a limitação pelo legislador de um direito fundamental, este poderá ainda ser limitado, conforme visto acima, pelo chamado direito constitucional de colisão ou colidente (*kollidierendes Verfassungsrecht*), não se podendo falar em direito fundamental “ilimitado”. (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 156)

É o entendimento exposto por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 154):

[...] na interpretação sistemática e que se pode talvez considerar dominante, entende o direito constitucional colidente (direitos fundamentais e bens constitucionais) como limites (imanes) e considera jurídico-constitucionalmente justificadas as ingerências nos direitos fundamentais garantidos sem reservas, se elas compensarem as colisões com outros direitos fundamentais ou com bens constitucionais no sentido da concordância prática (direito constitucional colidente como justificação de ingerência).

A ingerência<sup>43</sup> do legislador também sofre limitações, alcançando-se o tema final acerca da limitação aos direitos fundamentais, chamado pela doutrina de “limites dos limites”.

Dessa forma, a restrição aos direitos fundamentais só é permitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo a jurisprudência alemã, o princípio da proporcionalidade se subdivide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, sendo parâmetro de controle das restrições realizadas pelo Estado em relação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Os critérios da adequação e da necessidade não têm o mesmo peso. Só o adequado pode também ser necessário; o necessário não pode ser inadequado. Atrás do controle da necessidade fica, do ponto de vista sistemático, o controle da adequação: a par do resultado positivo do controle da necessidade, também o resultado do controle da adequação só pode ser positivo e, a par do resultado negativo do controle da necessidade, o resultado positivo do controle da adequação já não pode salvar a proporcionalidade. (PIEROTH; SCHLINK, 2012 p. 140)

O Supremo Tribunal Federal é adepto dessa teoria, conforme inúmeros precedentes, dentre os quais destaca-se o histórico julgamento do Habeas Corpus n. 82424<sup>44</sup>,

43 “Ingerência é qualquer atuação do Estado que torne total ou parcialmente impossível ao particular uma conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental, independentemente de se este efeito ocorre como efeito final ou involuntariamente, direta ou indiretamente, jurídica ou materialmente (*de fato*, informalmente), com ou sem ordem e coação” (cf. Lübbe-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; Peine, Hdb.GR. III, p. 97. *Apud*. PIEROTH; SCHLINK, 2012 p. 128-9)

44 HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (STF, HC n. 82424/RS, Relator Min. Moreira Alves, julgamento em 17/09/2003, Tribunal Pleno, publicado em DJ 19.03.2004, p. 17, vol. 2144-03, p. 524)

no qual afirma o Min. Gilmar Mendes:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Encerrando a análise teórica dos efeitos e limites que apresentam relevância à matéria principal deste trabalho, permite-se o enfrentamento, para fins de resolução do caso jurídico-fundamental, em que se indaga ser uma lei compatível com os princípios jurídicos e direitos fundamentais.

## **2.2. Interpretação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil à luz dos princípios jurídicos e direitos fundamentais**

O Código Civil, em seu artigo 1.641, inciso II, conforme já abordado, impõe o regime obrigatório de separação bens no casamento da pessoa maior de 70 (sessenta) anos.

Percebe-se que o legislador utilizou como critério a presunção, com a finalidade de proteção daquele que se poderia encontrar em estado de vulnerabilidade, ou seja, mais suscetível em razão de eventual interesse de outrem em relação ao seu patrimônio particular.

Desde que o idoso esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais poderá casar-se livremente. *Ad cautelam*, a fim de evitar possível exploração de ordem econômica, o regime de bens no casamento de pessoas com mais de sessenta anos obrigatoriamente é de separação, consoante dispõe o art. 1.641, inciso II, do Código Civil. (NADER, 2013, p. 68)

A intenção é afastar algum incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se casa com alguém mais idoso.

De forma contundente Fábio Ulhoa Coelho (2014, p. 102) critica sua previsão:

Mas 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. A doutrina já tem assentado o entendimento pela inconstitucionalidade do

inciso II do art. 1.641 do C, embora a jurisprudência ainda titubeie a respeito do tema.

Assim, é necessário verificar se a mencionada ingerência está justificada constitucionalmente, se é realizada com fundamento em reserva de lei ou visa a solucionar colisão de direitos fundamentais, bem como se não ultrapassa os respectivos limites.

Cabe, portanto, responder à seguinte indagação: o legislador (o Estado) ao proibir o idoso a possibilidade de livremente escolher o regime de bens no casamento, estabelece uma ingerência que viola direito fundamental?

Porque o casamento e a família são, simultaneamente, instituições sociais e jurídicas, nem toda a regulação do casamento e da família constitui desde logo uma ingerência. Pelo contrário, pode tratar-se de uma das regulações que definem afinal o casamento e a família como instituições jurídicas. (PIEROTH; SCHLINK, 2012 p. 312)

O direito dos idosos deve ser analisado à luz da Constituição e, dessa forma, estabelecer a delimitação do âmbito de proteção da norma.

Para tanto, se faz necessário à análise da Constituição Federal de 1988 como marco inicial, tendo os princípios nela inseridos forte atuação.

[...] a proteção do idosos deve ser fundada em princípios constitucionais. Assim, inúmeras restrições ao Direito do Idoso contidas no Código Civil (principalmente) serão tidas como inconstitucionais. (DINIZ, 2011, p. 71)

Vislumbra-se, no artigo 230 da Constituição Federal, a garantia de participação na sociedade, o direito à dignidade, ao bem-estar e à vida do idoso, sem que o constituinte estabelecesse reserva de lei:

Art. 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.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03, art. 1º), por sua vez, surge com o objetivo de regulamentar os direitos “assegurados” às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Neste caso, depara-se com verdadeira norma consagradora de direito fundamental de concretização-restrição, tal como nas lições já referidas por Canotilho (1993, p. 601).

Outrossim, o mencionado Estatuto revela-se, diante do seu conteúdo, de fundamentalidade, em que pese não estar formalmente constitucionalizado, à medida que dispõe em seu artigo 2º:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu

aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

A partir deste contexto, passa-se a abordagem dos princípios jurídicos e direitos fundamentais decorrentes do sistema jurídico-constitucional.

O *princípio da dignidade humana* está contido no Título I, artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e está inserido no modelo atual do Estado Democrático de Direito.

O referido princípio é objeto de grande ascensão, no momento atual, onde as *coisas* dão lugares às *pessoas*.

Para alguns doutrinadores ele é a base sólida de todo o ordenamento jurídico, sendo valorado como macroprincípio.

É nesse sentido que dispõe o autor Eduardo da Cunha Pereira (2012, p. 114): “A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade”.

A justificação da dignidade humana encontra amparo na concepção kantiana:

[...] para Kant, não é possível pensar a ideia de dignidade humana sem antes pensar a de autonomia, de tal modo que se pode afirmar que a autonomia é chave da sua concepção de dignidade; e mais, que a filosofia de Kant é o traço mais distintivo do longo processo da modernidade de tomada de consciência do homem sobre a sua posição central no mundo, como sujeito de si mesmo, capaz de determinar livremente o seu agir, através de uma razão que, além de conhecer, é também prática e diz “o que se deve fazer” consultando apenas a si mesma, isto é, autonomamente, sem se submeter às influências externas, independentemente de qual seja o seu caráter (político, religioso, metafísico etc.). (WEYNE, 2013, p. 331-2)

Portanto, outro princípio que merece relevo é o da *autonomia e da menor intervenção estatal*.

Hoje, a questão da intervenção estatal ainda não foi superada. Fica transparente a ideia de que o Estado e a sociedade tem interesse em comum, mas o que se evidencia ainda é a questão do limite a essa intervenção estatal.

A Constituição Federal em seu Capítulo VII, artigo 226, parágrafo 7º, dispõe ao casal a liberdade de planejamento familiar, com foco no princípio da dignidade humana.

O Código Civil de 2002, no seu Livro IV, Título I, artigo 1.513, também abarca o tema, estabelecendo ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Merece ênfase, a interferência dada pelo legislador ao Estado na comunhão de vontade entre as relações familiares, e como consequência disso se mostra clara a vedação do particular no que tange à autonomia de vontade em suas relações familiares.

A aplicação do *princípio da liberdade às relações de família*, alcançado pelo atual Código Civil faculta ao particular a condução de sua sociedade conjugal. O indivíduo é responsável pela formação do patrimônio e o seu controle.

O Estado não goza de poderes para impor regras que vedam o livre exercício da autoridade familiar. Leva-se em conta a intimidade dessa relação, qualquer forma de intervenção se mostra como violação do direito à liberdade, garantido pela constituição.

Em sentido contrário, de forma a justificar a ingerência, pode-se invocar o *princípio da solidariedade* contido no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, o qual impõe o dever ao Estado de zelar pela entidade familiar, pela criança, pelo adolescente e também ao idoso, ou seja, trata-se de cuidado mútuo.

Destaque-se a posição do doutrinador Paulo Lôbo (2010, p. 66), no que diz respeito ao cuidado do Estado quanto à pessoa vulnerável:

Desenvolve-se no âmbito do direito de família estudos relativos ao “cuidado como valor jurídico”. O cuidado desponta com força nos estatutos tutelares das pessoas vulneráveis, como a criança e o idoso, que regulamentaram os comandos constitucionais sobre a matéria. O cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe a força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta.

No enfoque de fundamentar a possibilidade do Estado interferir nas relações, tem-se o *princípio da igualdade e direito à diferença*, consagrado no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição Federal de 1988, garantido a igualdade entre homem e mulher para com as relações familiares.

Alexandre de MORAES (2009, p. 37), esclarece a hipótese em que a desigualdade se opera na lei:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Existem diferentes casos em que o Estado deve oferecer um tratamento diferenciado. Esse tratamento é evidenciado de acordo com o atual momento em que se encontra o indivíduo, a situação da pessoa e a evolução contemporânea que se dá a cada momento social.

Não pode o idoso, por exemplo, ter igual tratamento dado ao adolescente, pois são

peças em momentos distintos, lembrando-se o “velho” em Cícero e Bobbio, devendo ser levado em consideração para se tutelar a melhor forma de atendê-los.

Há, dessa forma, uma possível colisão entre direitos fundamentais garantidos pela constituição: o dever de proteção e, de outro lado, a dignidade humana, a autonomia, a não intervenção e a liberdade.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2013, p. 487), sob o enfoque da autonomia da vontade, salienta que:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é 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 consagrados como direitos fundamentais.

Ressalta-se que tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei n. 189/2015<sup>45</sup>, o qual visa justamente a revogação do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

Diante da importância do conteúdo do projeto, cabe fazer referência à justificação inserida na proposta de alteração legislativa. O primeiro ponto abordado é justamente o princípio da autonomia da vontade, consubstanciado na liberdade das relações privadas:

Não podemos esquecer que, mesmo recebendo influências diretas da Constituição Federal, o Direito das Famílias não perdeu a característica de ser parte integrante do direito privado, uma vez que há em nosso ordenamento o princípio da liberdade nas relações de família.

Se é com base no princípio da liberdade que impedimos que o Estado venha a interferir nas relações de cunho privado, entendemos que cabe ao ser humano decidir seu futuro com responsabilidade e equilíbrio, agindo com boa-fé e sempre visando seu engrandecimento pessoal e familiar.

Manter uma limitação no que tange a liberdade patrimonial do maior de 70 anos impedindo-lhe livre escolha de regime de bens é uma verdadeira infelicidade, pois é como se o Estado estivesse desrespeitando o princípio da liberdade (ou da não intervenção) impondo que o regime da separação obrigatória é o melhor para fortalecer a família que será formada.

Dessa forma, ao Estado não se mostra autorizado na intervenção das relações familiares, cabendo a ele tão somente, a função de tutela do direito privado. Se ao contrário fosse, estar-se-ia diante de um direito público, o que não coaduna com a realidade do direito das famílias.

Rolf Madaleno (2013, p. 819), manifesta-se acerca da violação aos princípios constitucionais a obrigatoriedade do regime de separação de bens nas hipóteses do artigo 1.641 do Código Civil, ao referir que:

Manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de

---

45 Realizada consulta na página da internet da Câmara de Deputados ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)), em 04 de maio de 2016, o Projeto de Lei n. 189/2015 encontra-se “Aguardando Designação de Relator Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC” desde 04 de março de 2015.

bens porque pessoas casaram sem a observação das causas suspensivas da celebração do casamento (CC, art. 1.641, inc. I), ou porque contavam com mais de setenta anos de idade (CC, art. 1.641, inc. II, e Lei n. 12.344/2010) ou porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial (CC, art. 1.641, inc. III), é ignorar princípios elementares de Direito Constitucional.

E continua, afirmando ser a norma discriminatória:

Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se estas fossem causas naturais de incapacidade civil. Atingem e ferem de morte direito cravado na porta de entrada da Carta Política de 1988, cuja nova tábua de valores põe em linha de prioridade o princípio da dignidade humana, diretriz já preconizada pela Súmula nº 377 do STF, justamente editada para ordenar a separação dos bens adquiridos na constância do casamento, como se tratasse do regime de comunhão parcial de bens e impedir o enriquecimento indevido. (MADALENO, 2013, p. 819)

A referida disposição legal que limita, portanto, a liberdade de escolha do regime de bens de pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade, além de revelar-se discriminatória, já que não se pode presumir que a maturidade natural dos idosos prejudique a sua capacidade de discernir acerca de quais relações lhes poderiam ser prejudiciais, também viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

[...] não significa que tenha sido uma boa solução para a questão da idade que limita a livre escolha do regime de bens. Pelo contrário, significa uma semi-interdição à capacidade do sujeito e afronta o princípio da autonomia. É indigno atribuir esta incapacidade a alguém apenas por ter completado 70 anos de idade. Tal concepção é um resquício da ordem jurídica patrimonializada ainda que passasse por cima da dignidade da pessoa. (PEREIRA, 2011, p. 167-8)

A autora Silmara Juny Chinelato, em sua obra *Comentários ao Código Civil* (2004, p. 290), aborda a questão da capacidade do idoso e a presunção do legislador:

A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado.

Igualar a idade a partir da qual, por definição legal, homens e mulheres tornam-se incapazes de discernimento quanto à vida patrimonial não resolveu a questão da afronta à igualdade em relação a pessoas com menos idade e importa, ainda, tomada de posição francamente discriminatória.

Invoque-se afronta ao inciso I do art. 5º e ao § 5º do art. 226, ambos da Constituição Federal. Invoque-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrada no inciso III de seu art. 1º.

A exposição de motivos do Projeto de Lei n. 189/2015, ainda, aborda o artigo 1º, inciso III, o artigo 3º, inciso IV, e o artigo 5º, todos da Constituição Federal, para afirmar que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, ao atribuir ao idoso condição de incapaz, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, faz discriminação odiosa em razão da idade, bem

como atenta às garantias fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Atribuir ao idoso condição de incapaz, impeditivo de estipular sobre o Regime de Bens que vigorará em seu casamento viola o princípio da isonomia, da liberdade e da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da idade ofende o princípio da igualdade. Deduzir que aqueles acima de sessenta anos não são mais alvo de amor verdadeiro atenta contra a dignidade da pessoa humana. A norma que padece de vício material de constitucionalidade termina por violar o princípio da razoabilidade.

Depreende-se que o legislador, quase que exclusivamente, apoia-se no próprio ordenamento jurídico, justificando a necessidade de alteração legislativa por impropriedade ou incompatibilidade da imposição do regime obrigatório de separação de bens aos maiores de setenta anos diante dos princípios, das garantias e dos direitos fundamentais. Não se trata, portanto, de mera mudança, mas de verdadeira atuação corretiva por meio de proposta de modificação legislativa.

Retomam-se, para concluir, os ensinamentos de Pieroth e Schlink, por meio dos quais a verificação dos limites de atuação do legislador deve pressupor a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

É inadequado porque não se demonstra eficaz como meio de proteção ao patrimônio do idoso, já que o regime de separação obrigatório de bens não impede a realização de outros negócios jurídicos a título oneroso ou, até mesmo, de forma gratuita.

A necessidade e a proporcionalidade, conforme Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 140), deriva da verificação de outro meio menos gravoso e da ponderação entre os princípios, o que, pelas consequências já mencionadas, acarreta a restrição a diversos direitos fundamentais assegurados.

É bem verdade que a vida em família, como não poderia deixar de ser, envolve aspectos pessoais e patrimoniais, porém não pode ser balizada apenas por questões econômicas.

O envolvimento afetivo vem influenciando a escolha por uma vida em comum e esse afeto que passa a vincular, cada vez mais, os pretendentes à constituição de uma entidade familiar.

O amor, conforme já constatado por Willian Goode, é elemento de ação da formação da família contemporânea. Exerce, no sistema social, influência, de modo que não mais se admite cogitar que a pessoa idosa não tenha condição ou capacidade de constituir livremente sua família ou, ainda, que este esteja desprovido de qualquer outro atrativo, exceto

o patrimônio.

Percebe-se que o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil implica discriminação inadequada, desnecessária e desproporcional ao presumir que o nubente idoso, maior de 70 (setenta) anos de idade, não possui plena capacidade de discernimento à medida que tolhe a autonomia e a liberdade de escolha do regime de bens na constituição de sua entidade familiar.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A instituição familiar e a concepção de família conjugal moderna são resultados de uma longa evolução histórica. A organização familiar, na visão da doutrina evolucionista inaugurada por Morgan e desenvolvida por Engels, é resultado da influência de aspectos produtivos e econômicos.

Os sociólogos tentam descrever o funcionamento da sociedade, de forma estrutural e funcional, por meio de uma visão sistêmica. Percebe-se, contudo, que a organização social é infinitamente mais complexa, à medida que outros fatores surgem como novos elementos variáveis no mecanismo de mudança social.

Vislumbra-se que a família é um conceito dinâmico, resultado do momento histórico e de influências sociais, ao mesmo tempo que também é importante fator determinante na formação da sociedade.

É nesse contexto transformador, de que os padrões de família não podem ser preditos apenas por meio do conhecimento de fatores econômicos ou tecnológicos, é que permitem a adequada análise da formação da instituição familiar.

Não se pode portanto ignorar a autonomia privada nas relações familiares, bem como o papel do Estado ao institucionalizar e protegê-las, seja por meio do casamento ou pelo reconhecimento da união estável. Como visto, a instituição familiar, em que pese a divergência doutrinária, possui uma natureza mista, compondo-se de regras de direito público e de direito privado.

O Estado, ao regulamentar as relações econômicas entre os cônjuges, faculta a adoção do regime de bens no casamento. Prevê quatro tipos de regimes de bens: de separação, de comunhão universal, de comunhão parcial e de participação final nos aquestos.

Ao tempo que cria a faculdade também estabelece restrições e, em seu artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, obriga a adoção do regime de separação de bens à pessoa maior de 70 (setenta) anos.

A Supremo Tribunal Federal, em 1964, quando da edição da Súmula 377, já havia relativizado o regime de separação, ao presumir a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Fundamentava-se, diante do que previa o artigo 259 do Código Civil de 1916, que o regime de separação de bens não proibia a comunhão de bens adquiridos pela cooperação e pela atividade comum dos cônjuges.

Ocorre que, em razão da alteração legislativa promovida pelo Código Civil de 2002, cujo novo diploma legal não fez referência ao citado artigo 259, acarretaram dúvidas acerca da aplicabilidade da presunção prevista na referida súmula. Inclusive, recente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, de 21.9.2015, passou a exigir prova do esforço comum em união estável iniciada quando o companheiro já contava mais de 60 (sessenta) anos e ainda vigia o Código Civil de 1916.

O idoso é um personagem que merece, sem sombra de dúvidas, uma especial proteção do Estado. Assim, ao abordar o complexo processo de envelhecimento, percebe-se que as alterações biopsicosociais demandam um tratamento diferenciado, seja por parte da família, da sociedade ou do Estado.

O Estatuto do Idoso, criado pela Lei n. 10.741/03, considera, por meio de um critério objetivo, idosa toda pessoa com idade ou superior a 60 (sessenta) anos. O referido estatuto reafirma, ainda, garantias a direitos fundamentais previstos no artigo 230 da Constituição Federal de 1988, em especial o direito à dignidade humana, ao respeito, à convivência familiar e comunitária.

Partiu-se, dessa forma, à abordagem dos efeitos e limites dos princípios jurídicos e direitos fundamentais, permitindo-se ao intérprete a correta concepção do sistema jurídico e suas complexas imbricações. Ressalta-se o sistema autopoiético concebido por Niklas Luhmann, que, pela análise da autorreferência, se abre aos fatos e extrai o sentido jurídico, melhor se adaptando às dimensões sociais e as suas modificações.

Houve a necessidade de se demonstrar, teoricamente, a eficácia dos direitos fundamentais na ordem constitucional, reconhecendo-se tanto a sua natureza subjetiva como objetiva, irradiando seu conteúdo normativo a todo o ordenamento jurídico e servindo de impulso e diretriz para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional.

Por meio dessa eficácia, exerce-se a limitação ao exercício do poder estatal, adentrando-se na problemática dos limites aos direitos fundamentais. Viu-se, ainda, a possibilidade do Estado, na elaboração de normas, realizar ingerências na concretização-restrição de direitos fundamentais, desde que, para tanto, estejam presentes direitos fundamentais colidentes.

A ingerência, por sua vez, mesmo que permitida ou concebida, também sofre limites, cuja justificação constitucional tem como mecanismo de controle a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Verifica-se que a justificação para a restrição à escolha do regime de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos assenta-se nos princípios da solidariedade e do direito à diferença, na tentativa de proteção do idoso contra possível interesse ou exploração de ordem econômica no casamento com pessoa mais jovem.

Colide a norma em questão – artigo 1.641, inciso II, do Código Civil – com outros princípios jurídicos e direitos fundamentais, como o da dignidade humana, da autonomia privada e da liberdade das relações familiares.

A solução do aparente conflito passa, necessariamente, conforme a doutrina alemã e adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual se divide nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse ponto, constata-se que a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos não se mostra adequada, uma vez que não garante efetiva proteção ao patrimônio do idoso. Ainda, relativamente à necessidade, trata-se de medida excessivamente gravosa, ao acarretar restrições à autonomia da vontade e, portanto, à dignidade nos dizeres de Kant, bem como à capacidade de livremente constituir sua relação familiar.

Por todos esses motivos, pode-se concluir que a ingerência, prevista no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, em conformidade com a aplicação dos princípios jurídicos e direitos fundamentais, aliado ao entendimento doutrinário, é odiosa e desproporcional, razão pela qual deve ser considerada eivada de inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**, 2.ed., São Paulo: Atlas, 2012. 588 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 3.ed., São Paulo: Atlas, 2011. 629 p.

BARBOSA, Cônego Florentino. **A família sua origem e evolução**. Petrópolis: Vozes, 1948. 320 p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7.ed., Rio de Janeiro: Rio, 1976. 469 p.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória: De Senectute e outros escritos autobiográficos**. 6.ed., Rio de Janeiro: Campos Ltda., 1997. 205 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 31 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei n. 189/2015**. Revogar o inciso II, do art. 1.641, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: “<http://www.camara.gov.br/>”. Acesso em: 16 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 31 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: “<http://www.senado.gov.br/>”. Acesso em: 19 out. 2015.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de Bens no Novo Código Civil**, 2.ed., Saraiva, 2008. 322 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed., Coimbra: Universitária, 1993. 1228 p.

CARVALHO, Claudia Alfredo Marques. Os limites da intervenção do Estado diante da autonomia da vontade do idoso. DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral (Coord.) In: **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 295-311.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: Parte Especial do Direito de Família**. v.18, São Paulo: Saraiva, 2004. 565 p.

CÍCERO, Marco Túlio. **Saber Envelhecer e A Amizade**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1997. 151 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2014. 363 p.

ULHOA, Fábio. **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2012. 710 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 717 p.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2014. 331 p.

DINIZ, Fernanda Paula. **Direitos dos Idosos na perspectiva civil-constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. 179 p.

DURKHEIM, Émile. La famille conjugale (1892) – Textes. 3. Fonctions sociales et institutions. Paris: Les Éditions de Minuit, 1975, p. 35-49. In: **Revue philosophique**, n. 90, p. 9-14, 1921. Collection: Le sens commun. 570 p.

ENGELS, Friedrich (trad. José Silveira Paes). **A origem da família, da propriedade privada e do Estado** (1891). São Paulo: Global, 1984. 236 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional**. v.6, 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2013. 780 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. v.6, 12.ed., Saraiva, 2014. 742 p.

GOODE, William Josiah. **Revolução mundial e padrões de família**. São Paulo: Nacional, 1969. 564p.

HESSE, Konrad (Trad. Carlos dos Santos Almeida). Significado dos direitos fundamentais. IN: \_\_\_\_\_. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-72.

HITA, Maria Gabriela. A família em Parsons: Pontos, contrapontos e modelos alternativos. In: Dossiê: Família, Teoria Social e Identidade Brasileira (org. Parry Scott Márcia e Thereza Couto). **Revista Antropológicas**, ano 9, v.16, n. 1., p. 109-148, 2005.

IVANOV, Simone Oroschi. **União estável: regime patrimonial e direito intertemporal**. 2.ed., São Paulo: Atlas, 2007. 145 p.

KELSEN, Hans (trad. João Baptista Machado). **Teoria Pura do Direito**. 6.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento**. Curitiba: Juruá, 1991. 420 p.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed., Saraiva, 2011. 437 p.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1269 p.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. 286 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 17.ed., São Paulo: Saraiva, 2001. 328 p.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito de Família: Direito Matrimonial**. v.1., 3.ed., São Paulo: Max Limonad, 1947. 489 p.

\_\_\_\_\_. (atual. Vilson Rodrigues) **Tratado de Direito de Família: Direito Matrimonial**. v.1., Campinas: Bookseller 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24.ed., São Paulo: Atlas, 2009. 914 p.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 5.vol., 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. 611 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011. 302 p.

\_\_\_\_\_. **Concubinato e União Estável**. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2012. 285 p.

PIEROTH, Bodo, SCHLINK, Bernhard (trad. António Francisco de Souza e António Franco). **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. 578 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; \_\_\_\_\_; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183-212.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed., São Paulo: Malheiros, 2014. 934 p.

SIMMEL, Georg. On the Sociology of the Family. p. 283-294. In: FEATHERSTONE, Mike (org.). **Theory, Culture & Society - Love & Eroticism**. v.15, London: SAGE, p. 3-4, 1999.

\_\_\_\_\_ (trad. David Frisby). **The Philosophy of Money**. 3.ed., London and New York: Routledge, 2004, 543 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11.ed., São Paulo: Saraiva, 2013. 1141 p.

TARTUCE, Flávio, SIMÃO, Jose Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5., 8.ed., São Paulo: Método, 2013. 542 p.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5., 11.ed, São Paulo: Forense, 2015. 696 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v.6., 13.ed., São Paulo: Atlas, 2013. 525 p.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011. 233 p.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013. 344 p.