A proteção constitucional da pessoa idosa e sua incidência no código civil brasileiro

The constitutional protection of the elderly and its impact on the Brazilian civil code

***Daniellle Marinho Brasil*[1]**
***Jéssica Garcia Soares*[2]**
***Maria do Socorro Nóbrega Lopes*[3]**
***Matheus Vinicius Diniz Da Silva*[4]**
***Mislene Lima Da Silva Almeida*[5]**
***Paulo José de Assis Cunha*[6]**
***Pedro Osvaldo Rodrigues Maranhão*[7]**
***Willianne Lívia Fernandes De Andrade*[8]**

Resumo: O objetivo desta pesquisa é investigar se, de fato, a proteção constitucional dos direitos da pessoa idosa incide no atual Código Civil, tendo como cerne a análise do regime obrigatório de separação para nubentes acima de 70 anos à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988. Por meio do método de abordagem dedutivo, dos métodos de procedimento histórico, analítico e interpretativo, além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, o presente trabalho apresenta o surgimento dos direitos da pessoa idosa à luz da Constituição Federal e a sua incidência no Código Civil de 2002, trazendo alguns aspectos históricos; demonstra uma abordagem conceitual a fim de melhor entender o processo de envelhecimento e sua relação com as garantias legais à pessoa idosa; discute a possível (In)constitucionalidade da separação obrigatória de bens imposta aos nubentes acima de 70 anos; explica a obrigatoriedade da separação de bens no casamento de pessoas acima de 70 anos e, esclarece, ainda, a inaplicabilidade da separação obrigatória no casamento sexagenário face à preexistência de união estável. Firma, portanto, que é fato a presença de divergências na legislação brasileira e que o atual cenário instiga a novas reflexões sobre o amparo desse grupo socialmente vulnerável, fazendo-se necessário elevar o nível protetivo jurídico. Além disso, as questões apresentadas no decorrer do artigo, relacionadas à discrepância, podem ser solucionadas através da justa e efetiva aplicação da Lei Constitucional na legislação infralegal.

Palavras-chave: Pessoa idosa. Garantias fundamentais. Estatuto do Idoso.

Abstract: The objective of this research is to investigate whether, in fact, the constitutional protection of the rights of the elderly affects the current Civil Code, having as its core the analysis of the mandatory regime of separation for spouses over 70 years of age in the light of the principles of the Federal Constitution of 1988, Through the deductive method of approach, the methods of historical, analytical and interpretative procedure, in addition to the techniques of bibliographical and documental research, the present work presents the emergence of the rights of the elderly in the light of the Federal Constitution and its incidence in the Civil Code of 2002, bringing some historical aspects; demonstrates a conceptual approach in order to better understand the aging process and its relationship with the legal guarantees for the elderly; discusses the possible (Un)constitutionality of the mandatory separation of property imposed on spouses over 70 years of age; explains the mandatory separation of property in the marriage of people over 70 years of age and also clarifies the inapplicability of the mandatory separation in sixty-year-old marriages in view of the pre-existence of a stable union. Therefore, it

[1] Advogada e Mestra em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
[2] Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP)
[3] Advogada e Mestra em Ciências da Educação pela Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (ULHT)
[4] Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP)
[5] Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP)
[6] Advogado e Especialista em Processo Civil pela Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER)
[7] Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP)
[8] Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP)

confirms that the presence of divergences in Brazilian legislation is a fact and that the current scenario encourages new reflections on the protection of this socially vulnerable group, making it necessary to raise the level of legal protection. In addition, the issues presented throughout the article, related to the discrepancy, can be resolved through the fair and effective application of the Constitutional Law in the infralegal legislation.

Keywords: Elderly person; Fundamental guarantees; Statute of the Elderly.

INTRODUÇÃO

É possível perceber e constatar de maneira cristalina, tomando em consideração os próprios índices e pesquisas no campo científico e estatístico, que a sociedade hodierna conta com relevante e gradativo aumento na expectativa de vida, tendo como consequência o envelhecimento da população mundial, em decorrência do desenvolvimento científico, tecnológico e ao progresso da sociedade. Diante disto, é de extrema importância que o Direito, como é de sua natureza, acompanhe as mudanças da sociedade, especialmente no que diz respeito aos diferentes grupos e culturas que a compõem, de modo a atender suas necessidades específicas, que, como resultado dos novos cenários vivenciados, de um mundo globalizado e informatizado, podem ser passíveis de inobservância.

Isto posto, salienta-se, nos desdobramentos do presente trabalho, que a temática do envelhecimento vem ganhando relevância no contexto mundial e, no que concerne ao ordenamento jurídico brasileiro, ganha respaldo em lei específica – Estatuto da Pessoa Idosa – que traz, em seu bojo, reiterações dos direitos e garantias fundamentais já consolidados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como previsões voltadas às necessidades específicas da pessoa idosa – assim consideradas aquelas com idade acima de 60 anos.

No entanto, não obstante as diversas etapas de afirmação dos direitos humanos, nos quais se insere a proteção constitucional da pessoa idosa, ainda é possível vislumbrar, mesmo diante da contingência garantista do ordenamento jurídico hodierno, a vigência de dispositivos legais que contrariam os princípios da igualdade, liberdade, não-discriminação e dignidade da pessoa humana, rotulando a capacidade civil da pessoa idosa a partir do critério etário, em detrimento da autonomia, independência e bem-estar dos indivíduos inseridos neste grupo, sendo abordado, neste estudo, a contrariedade do art. 1641, inciso II, do Código Civil de 2002, em face dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988.

Destarte, o presente trabalho tem como objetivo central analisar se, de fato, a proteção constitucional dos direitos da pessoa idosa incide no atual Código Civil, tendo como cerne a análise do regime obrigatório de separação para nubentes acima de 70 anos à luz dos princípios da Constituição Federal de 1988, e como objetivos específicos: vislumbrar o processo histórico do surgimento dos direitos da pessoa idosa na Constituição Federal; elucidar o conceito de pessoa idosa; apresentar os atuais regimes de bens previstos no Código Civil de 2002; analisar a possível inconstitucionalidade da separação obrigatória para nubentes acima de 70 anos.

Para cumprir o objetivo desta pesquisa, lança-se mão do método de abordagem dedutivo, partindo da proteção constitucional da pessoa idosa até chegar em sua incidência específica nos dispositivos do Código Civil. Quanto aos métodos de procedimento utiliza-se os métodos, histórico, analítico e interpretativo, O histórico por se abordar a origem dos direitos voltados à pessoa idosa. O analítico em razão da análise de vários aspectos que envolve a pessoa idosa e o interpretativo por se discutir à luz dos instrumentos legais como a Constituição Federal, O Estatuto do Idoso, o Código Civil, dentre outros, a questão da proteção à pessoa idosa. No que diz respeito às técnicas de pesquisa, a bibliográfica e

documental se fazem necessária para embasar o estudo feito através de revisão de literatura e legislação pertinente para entender a temática em estudo.

O SURGIMENTO DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A SUA INCIDÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A seção trata sobre o surgimento dos direitos da pessoa idosa no Brasil, que advém de uma série de acontecimentos históricos, processos evolutivos e lutas sociais ao longo dos séculos, bem como o acontecimento de guerras mundiais no âmbito internacional, assim como também a ditadura militar no Brasil, dentre o período de 1964 a 1985.

Tal período marcou fortes tensões de extrema instabilidade social e política que deram espaço para um ambiente cruel, que impediu o amplo exercício dos direitos humanos.

Esses momentos de tensão influenciaram fortemente na criação da Organização das Nações Unidas (ONU), que tinha como intuito estabelecer a paz mundial e garantir uma relação amistosa entre os diversos países, assim como também motivaram a criação de sistemas de garantias de direitos fundamentais, bem como as Constituições, que tem por objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana.

A partir dessa perspectiva, tornou-se muito importante a criação de uma Constituição que pudesse garantir os direitos da pessoa humana, do mesmo modo, no que se refere à pessoa idosa, é essencial que tenham o direito a um processo de envelhecimento digno, amparado pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que são eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da cidadania.

DO PROCESSO HISTÓRICO

Inicialmente cumpre esclarecer que essa proteção para com a pessoa idosa, embora de forma restrita, se iniciou no Brasil com o advento da Constituição de 1934, uma vez que em seu art. 121, alínea h, previa a assistência previdenciária “a favor da velhice”. Entretanto, este texto não garantia de forma direta e específica uma real proteção à pessoa idosa como um todo, uma vez que no referido artigo, a pessoa que tinha direito a tal assistência seria apenas aquela que tivesse inscrita na produção, relacionada à esfera trabalhista.

Posteriormente, na Constituição de 1937, em seu art. 137 e, continuamente, na Constituição de 1946 no art. 157, como também na Constituição de 1967, perduravam a proteção ao idoso de forma restrita, isto é, apenas em face do trabalhador idoso, proteção essa relacionada ao âmbito da previdência social.

Apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal brasileira é que os direitos da pessoa idosa passaram a ter previsão legal de forma ampla. Assim, no art. 5°, em seu caput, está previsto que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Tal texto tem como intuito garantir a igualdade de tratamento a todo e qualquer cidadão brasileiro, garantindo a eles os mesmos direitos.

Ademais, cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo uma significativa transformação no cenário dos direitos fundamentais e mudanças relacionadas a como pessoa a idosa era vista anteriormente, assim, foi fundada com o intuito de ampliar a democratização dos direitos humanos e oferecer uma real proteção e a efetivação dos direitos da pessoa idosa.

Desse modo, no decorrer de todo o seu texto, a Carta Magna brasileira prevê o direito à moradia, à saúde, ao lazer, à alimentação, ao vestuário, à previdência social, dentre outros direitos garantidos na integra de seu texto.

Assim, no tocante a proteção do idoso a atual Constituição prevê em seus artigos 229 e 230 os deveres de prestação de cuidados e assistência para com esse grupo. *In verbis:*

> **Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
> **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.

Outrossim, ainda prevê o direito de a pessoa idosa ter uma renda mínima que a ampare, bem como previsto no seu art. 203, inciso V:

> **Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> [...]
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Diante da previsão constitucional, em 04 de janeiro de 1994 entrou em vigor a Lei 8.842 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e tem como intuito assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, assim como previsto no art. 1° de seu texto.

Posteriormente, em 01 de outubro de 2003, foi sancionada a Lei 10.741 que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e, por meio de seu arcabouço jurídico, é destinado a regular os direitos assegurados às pessoas idosas, bem como o direito ao atendimento prioritário (Art. 3°, §1°), a prevenção contra qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão (Art. 4°), o direito à liberdade (Art. 10, §1°) etc.

Estes e outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, visam promover uma sociedade mais justa, igualitária e solidária, assim como previsto no Art. 3° da Constituição Federal de 1988, *in verbis:*

> **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> II - garantir o desenvolvimento nacional;
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse sentido, é visível que existe um conjunto de legislações que visam a proteção e a inserção do idoso no meio social, tendo em vista a sua maior necessidade de assistência, em razão de suas limitações biológicas e, em muitos casos, físicas.

CONCEITO DE PESSOA IDOSA

O processo de envelhecimento é causado por diversos fatores, sejam eles físicos, biológicos ou sociais. Desse modo, de acordo com Marco Antônio Vilas Boas (2015, p. 1), a palavra “idoso” pode ser conceituada como:

> O vocábulo "idoso" tem sua origem latina no substantivo aetas, aetatis,1 de cujo caso acusativo aetatem (caso lexiogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se existência à palavra "idade". "Idoso" é vocábulo de duas componentes: "idade" mais o sufixo "oso" que, no léxico, denota "abundância ou qualificação acentuada".2 Portanto, o vocábulo "idoso" pode significar: cheio de idade, abundante em idade etc.

Verifica-se, portanto, que a conceituação do termo "idoso" está presente no ordenamento jurídico vigente, bem como previsto no Estatuto da Pessoa Idosa (Lei n° 10.741) ao aduzir que a pessoa idosa é considerada "aquela que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade". Assim, a partir do momento em que atinge essa idade passa a gozar de direitos e garantias específicas previstas na legislação.

Com isso, no art. 2° de seu texto está previsto que:

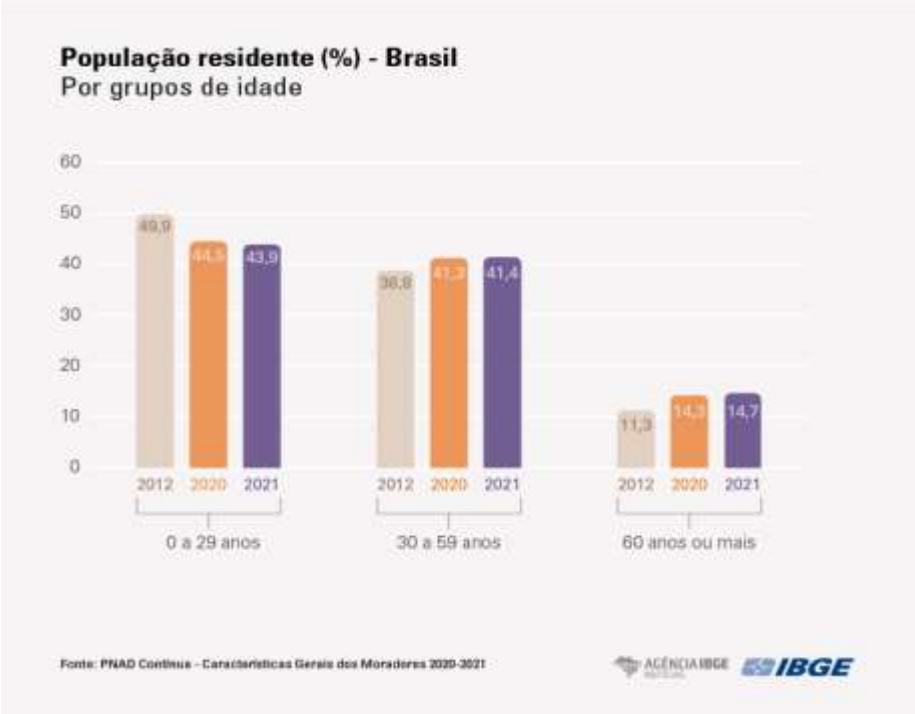
> Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento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

Ademais, nas palavras de Ricardo Maurício Freire Soares e Charles Silva Barbosa (2015, p. 25):

> A existência da pessoa idosa como sujeito de direitos surge do reconhecimento de que há um grupo de pessoas que se identificam por uma condição humana específica, qual seja, o estado de velhice, que demandam proteção dirigida, em razão das fragilidades que os acometem, limitando-os a capacidade de exercício das ações diárias, considerada a debilitação física e mental que se agrava com o passar do tempo.

A partir dessa perspectiva é possível observar que o processo de envelhecimento decorre de diversos fatores e, com isso, depreende-se que ao longo dos anos houve um crescente aumento na taxa de expectativa de vida em detrimento do avanço social e, principalmente, da medicina.

Nesse contexto, de acordo com dados divulgados em 2022 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e realizados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD Contínua), "entre o período de 2012 a 2021 a parcela de pessoas com 60 anos ou mais saltou de 11,3% para 14,7% da população e, em números absolutos, esse grupo etário passou de 22,3 milhões para 31,2 milhões, crescendo 39,8% no período", conforme gráfico abaixo:



Diante desse crescente aumento do número de idosos, torna-se necessário a ampliação do resguardo dos direitos desse grupo social, devendo esse cuidado e proteção ser realizado em conjunto pela família da pessoa idosa, pela sociedade e também pelo Estado.

Além disso, no art. 4° da respectiva lei busca-se garantir a proteção do idoso contra toda e qualquer forma de negligência e abandono. Veja-se:

> Art. 4° Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.
> § 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa.

Continuamente, encontra-se previsto no texto do mesmo Estatuto em seu art. 8° que "o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social", com isso, são fundamentais a proteção e o resguardo dos direitos dos idosos.

Percebe-se, então, que com as disposições normativas existentes, tal como a Constituição Federal, assim como também o Estatuto da Pessoa Idosa e as demais legislações que buscam efetivar e garantir os direitos desse grupo social, são importantes instrumentos de proteção ao idoso e que visam salvaguardar os direitos já existentes dessa população, para que haja a inserção e participação ativa desse grupo no meio social, ensejando assim a garantia da dignidade da pessoa humana à pessoa idosa.

Nessa perspectiva, com a entrada em vigor da Lei 10.741 (Estatuto da Pessoa Idosa), buscou-se reiterar a necessidade de uma maior atenção para com a pessoa idosa e também reafirmar a importância do envelhecimento como valor social.

Apesar de todo o desenvolvimento existente ao longo dos anos e do aumento da qualidade de vida, quando se trata do processo do envelhecimento é inquestionável que os idosos tendem a ficar mais vulneráveis em razão do declínio em suas capacidades biológicas e, a partir disso necessitam de maiores cuidados. O que não quer dizer, porém, que estejam incapacitados para fazer escolhas e agir civilmente perante a sociedade, mas sim, que necessitam de acompanhamento, pois já não possuem o mesmo vigor se comparado a uma

pessoa jovem, fazendo-se necessário uma maior atenção para com esse grupo social, principalmente quando se trata da efetivação e garantia de seus direitos.

A partir dessa premissa, para Maristela Nascimento Indalencio (2007, p. 43- 44):

> Ao contrário de determinadas culturas, onde a velhice é relacionada à maturidade e à sabedoria, na moderna sociedade capitalista de consumo o idoso é tratado de forma extremamente preconceituosa, visto, não raro, como hipossuficiente, ou seja, um indivíduo cuja precária condição físico-biológica não lhe confere condições de ingressar na esfera competitiva própria ao mercado. Ademais, como se encontra afastado da cadeia produtiva (não por acaso o núcleo formador das associações em defesa do idoso formou-se junto a grupos aposentados), o idoso também não é considerado como consumidor em potencial e, logo, salvo poucas exceções, permanece em constante situação de desigualdade social, inserindo-se em um mundo que não parece admiti-lo com a mesma facilidade de outros grupos.

Dessa forma, resta claro que a pessoa idosa, diante do processo de envelhecimento, torna-se mais vulnerável e, consequentemente, mais suscetível de ser vítima da exclusão social, em razão da indiferença por conta da idade.

Destarte, mesmo diante do extenso rol normativo que prevê a ampla proteção da pessoa idosa, há ainda na própria legislação vigente a restrição desse direito, bem como previsto no art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, que apresenta em seu texto a obrigação da separação dos bens no casamento para aquelas pessoas maior de 70 (setenta) anos de idade.

Tal artigo é considerado pela doutrina e jurisprudência como um retrocesso aos direitos da pessoa idosa, tendo em vista que trata esse grupo social com discriminação, uma vez que ao tornar obrigatória a separação dos bens à pessoa idosa acima de 70 anos, considera-a, de certa forma, incapaz de decidir e agir de forma consciente perante a sociedade civil.

Esse artigo é contrário ao próprio texto da Carta Magna brasileira que apresenta no seu art. 5°, o direito à liberdade, considerado como um direito fundamental de todos, entretanto, no texto do Código Civil, em seu art. 1.641, inciso II há uma visível dessa liberdade de escolha, como será demonstrado no decorrer desse trabalho.

A POSSÍVEL (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTA AOS NUBENTES ACIMA DE 70 ANOS

Nesta seção apresenta-se os regimes matrimoniais de acordo com o Código Civil vigente, para mais adiante discutir acerca da obrigatoriedade da separação de bens no casamento de pessoas acima de 70 anos.

OS ATUAIS REGIMES MATRIMONIAIS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Dentre os diversos efeitos produzidos pelo casamento, estão os efeitos patrimoniais, e estes, por sua vez, podem ser fruto da escolha do regime de bens que irá reger o patrimônio anterior, hodierno e ulterior à celebração do negócio jurídico. Para Carlos Roberto Gonçalves (2022):

> Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

O atual Código Civil, do ano de 2002, vislumbra quatro regimes matrimoniais, que são: a comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), a comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), a participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e a separação (arts. 1.687 e 1.688). Além dos dispositivos retro, que garantem a liberdade econômica dos nubentes no que concerne a gestão de seus respectivos patrimônios, há, também, casos que se enquadram na previsão de obrigatoriedade da separação de bens, disposta no art. 1641, incisos I, II e III.

Em primeira análise, o regime da comunhão parcial ou limitada encontra previsão nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil de 2002, sendo caracterizado por separar aquilo que os nubentes possuíam no passado, ou seja, o que cada indivíduo adquiriu no passado, continua como seu, sendo a comunhão estabelecida quanto aos bens adquiridos no âmbito do casamento. A redação do art. 1.658 do referido diploma legal aponta, além da comunicação dos bens que sobrevêm ao casal, a existência de exceções, de modo que é possível que um bem, mesmo na constância do casamento, componha o patrimônio de um só dos cônjuges, estando a relação dos bens, obrigações e proventos que são excluídos da comunhão parcial elencados no art. 1.659, incisos I ao VII.

O regime da comunhão universal, por outro lado, é caracterizado por comunicar os bens passados, hodiernos e futuros dos cônjuges, com suas devidas exceções, bem como está disposto no art. 1.667, do CC/2002, quando afirma que o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções do artigo seguinte.

É pertinente salientar que, antes da entrada em vigor da Lei 6.515 de 1977 – Lei do Divórcio – o regime legal era o da comunhão universal, o que veio a ser modificado pelo diploma legal *retro,* que instituiu o regime da comunhão parcial como regime legal do ordenamento brasileiro.

No regime da participação final nos aquestos, pode-se vislumbrar um regime híbrido, que Carlos Roberto Gonçalves (2022) descreve como:

> Um regime de separação de bens, enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, integrado pelos que possuía ao casar e pelos que adquirir a qualquer título na constância do casamento, podendo livremente dispor dos móveis e dependendo da autorização do outro para os imóveis (CC, art. 1.673, parágrafo único). Somente após a dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens de cada cônjuge, cabendo a cada um deles – ou a seus herdeiros, em caso de morte, como dispõe o art. 1.685 – a metade dos adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Por fim, observa-se que na separação convencional ou absoluta, prevista nos artigos 1.687 e 1.688 do CC/2002, cada cônjuge preserva a plenitude da propriedade dos bens adquiridos antes e durante o matrimônio. Desse modo, o casamento não surte efeitos patrimoniais para os nubentes, visto que esse regime propõe a coexistência de dois patrimônios que não se comunicam entre si, conforme estabelece o artigo 1.687, do Código Civil que assevera o seguinte: "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".

Apesar dos regimes apresentados, que proporcionam liberdade na gestão patrimonial dos interessados, é possível perceber uma exceção a esta liberdade, que está disposta no art. 1641, incisos I, II e III, que tratam acerca da separação obrigatória, em que o legislador teria, à luz de Carlos Roberto Gonçalves, (2022, p. 473)

> O intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as

> menores de 16 anos, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

No entanto, é pertinente analisar à luz dos princípios norteadores do direito se, especialmente o inciso II do referido dispositivo legal, estaria em consonância com aquilo que um ordenamento garantista e pautado na igualdade e na proibição da discriminação perpetua, levando em conta os direitos humanos da pessoa idosa.

A OBRIGATORIEDADE DA SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS ACIMA DE 70 ANOS

Após análise a partir do Código Civil de 2022 nota-se que o vocábulo idoso não existe no texto, demonstrando assim uma evidente insegurança legislativa, em um compilado de frases ainda muito apegadas a valores patrimoniais.

Quando contemplamos o artigo 1.641, inciso II do CC/2002, diz-se que é obrigatório o regime da separação de bens para a pessoa que pretende se casar tendo mais de 70 anos de idade. A partir da leitura do inciso II do referido dispositivo legal, é possível inferir que, ao elaborar sua redação, o legislador fez-se valer da faceta protetiva e preventiva que a legislação pode oferecer à pessoa maior de 70 anos, visando evitar que a fugacidade de determinadas uniões pudesse, eventualmente, revelar a pretensão meramente financeira ou econômica que pautaria o possível matrimônio.

No entanto, apesar do caráter "protetivo" presente no Código Civil, estamos ante uma discriminação à pessoa idosa, uma violação/omissão dessa liberdade, como estabelecido pelo art. 5º da CRF. Para Oswaldo Peregrina (2022):

> A pessoa idosa está em uma fase da vida mais avançada, mas esse fator – idade –, por si só, não há que ser considerado na avaliação de sua capacidade civil, a qual não possui qualquer vínculo de causa e efeito com ele. Existem, sim, como é sabido, processos fisiológicos degenerativos que resultam na incapacidade civil da pessoa natural, incluindo a idosa, que independe de sua idade cronológica. Ausentes os distúrbios mentais, toda pessoa, mesmo que idosa – por concepção objetiva etária –, é plenamente capaz, apta, portanto, a se casar e escolher o regime de bens matrimonial que melhor lhe aprouver; ou, aquele regime que for do exclusivo interesse dela e de seu pretendente.

Esta é mais uma razão a favor da discriminação desnecessária no Código Civil em relação aos casamentos de pessoas mais velhas, uma vez que os idosos teriam a liberdade, ou deveriam ter, de escolher o sistema hereditário adequado para o seu casamento, a menos que seja declarado incapaz, que está em devido processo judicial. Na verdade, esta disposição legal é injusta, inadequada e discriminatória.

Tal posicionamento legislativo não mais se justifica, pois se opõe às condições de vida contemporâneas do ser humano, beneficiadas pela melhoria das condições de vida urbana e rural, pelo advento de novos medicamentos e pelos grandes avanços da medicina. Portanto, em áreas como saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telecomunicações. É nesse sentido que Maria Helena Diniz (2004) posiciona-se:

> Não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *'capitis diminutio'* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente a seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado 'golpe do baú.

A obrigatoriedade do regime de separação total de bens no casamento de pessoas maiores de setenta anos, é uma discussão de longa data e até os dias atuais persistem às divergências por parte de doutrinadores e decisões jurisprudenciais, sendo possível contemplar uma forte morosidade do poder legislativo, inclusive quanto à provação do Projeto de Lei do Senado Federal Nº 760 do ano de 2015, que visa revogar a imposição do regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos. Profere a redação "Art. 1º Fica revogado o inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001 – Código Civil."

É importante ressaltar que tal assunto já é objeto de discussão em nossa Corte Suprema, o STF - Supremo Tribunal Federal. O motivo do assunto ter sido levado a tal, foi como Recurso Extraordinário com Agravo (ARE), sob o número 1309642. A ação de origem diz respeito a um inventário em que se discute o regime de bens a ser aplicado a uma união estável iniciada quando um dos cônjuges já tinha mais de 70 anos. O juiz de primeira instância decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil e reconheceu o direito da companheira de participar da sucessão hereditária. Entretanto, a segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) reformou a decisão posicionando-se favorável a separação de bens. Ao ingressar com a ação no STF a companheira espera que seja reconhecida inconstitucionalidade do dispositivo. O ministro Luís Roberto Barroso já recebeu o despacho, ressaltou a relevância da matéria e manifestou-se pela repercussão geral do tema.

Disse Flávio Tartuce (2015): "Em suma, não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade". Merece destaque para demonstrar tal afirmação, o art. 6º da lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

> a) casar-se e constituir união estável; b) exercer direitos sexuais e reprodutivos; c) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; d) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; e) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e f) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

É notório, nesse sentido, que a doutrina aponta, direta ou indiretamente, para a inconstitucionalidade contida neste dispositivo, que vem a ferir, dentre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, assegurados a nível constitucional. Não há que se falar em incapacidade absoluta em se tratando indivíduo maior de 16 anos em pleno gozo de suas faculdades mentais. Com isso, o contraente com idade igual ou superior a 70 anos possui a plenitude de capacidade para exercitar quaisquer atos da vida civil, inclusive o matrimônio e o regimento de seus bens. É inadmissível que, à luz de uma Constituição que prevê a todos a igualdade de direitos sem qualquer discriminação, que se limite a liberdade de constituir matrimônio a partir de critérios etários, onde se justifique a falta de discernimento para expressar emoções e afeto seja impossibilitado ou limitado em decorrência de idade avançada.

A INAPLICABILIDADE DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA NO CASAMENTO SEXAGENÁRIO FACE À PREEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL

É pertinente trazer à análise o Enunciado n. 261 da III Jornada de Direito Civil do CEJ do CJF, que consolidou o seguinte entendimento: "a obrigatoriedade do regime da separação

de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos [hoje, 70], quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade". Ademais, a Quarta Turma do STJ, em 2016, debruçou-se sobre um processo concernente a um casal que já vivia em situação de união estável há 15 anos, mas só contraíram matrimônio em 1999, quando o homem já tinha 61 anos, bem como filhos de outra relação (ao tempo, nos termos do art. 268 do CC/1916, a imposição do regime de separação legal se dava quando o nubente tinha mais de 60 anos, e a noiva mais de 50).

Ocorreu que, após o falecimento do pai, um dos filhos tentou anular judicialmente o regime de comunhão universal, nos termos do artigo 258 do Código Civil de 1916. No entanto, foi entendido que, apesar intenção protetiva do legislador para com o idoso e seus herdeiros em relação a matrimônios eivados de interesse econômico, a ministra trouxe luza preexistência da união estável por 15 anos, e, portanto, não haveria que se falar em interesse exclusivamente econômico. Destarte, a Quarta Turma do STJ entendeu que:

> O regime de separação de bens deixa de ser obrigatório no casamento de idosos se o casal já vivia um relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, segundo decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O entendimento retromencionado é uma importante contribuição no combate à discriminação do casamento sexagenário, afinal, mesmo que ainda seja inoportuno e contrário ao entendimento Constitucional o dispositivo que obriga a separação de bens em casamentos sexagenários, pode-se vislumbrar no Enunciado e no entendimento da Quarta Turma do STJ, um caminho para que mais entendimentos pautados na igualdade e não-discriminação sejam firmados. Ora, se a população mundial está envelhecendo, e estando o Brasil inserido nesta realidade, não se pode admitir que esta significativa parcela da sociedade viva desprovida da contingência garantista conferida pela Constituição Federal de 1988.

Considerações finais

Diante do exposto, observa-se que todos os objetivos da pesquisa foram perseguidos e alcançados. Com o presente trabalho, conseguiu-se compreender e analisar a proteção constitucional da pessoa idosa e sua incidência no Código Civil brasileiro, destacando as suas nuances e observando os seus desdobramentos. Para isso, expôs-se, inicialmente, o debate acerca do surgimento dos direitos da pessoa idosa, bem como dos atuais regimes matrimoniais, o que preparou o leitor para o melhor desenvolvimento do tema.

Foi possível perceber que as Cortes superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda decidem de forma contrária ao que foi aqui exposto. Com base nas jurisprudências disponíveis ao longo deste periódico, nota-se que a Justiça brasileira não acompanha a evolução científica mundial, que provoca impactos positivos na expectativa de vida da sociedade, fazendo com que seja inadmissível permitir a aplicação do artigo 1.641, inciso II. É imperioso referendar a ineficácia da responsabilização estatal diante dessa situação. Entende-se que a responsabilidade do Estado pode ser objetiva quando os atos praticados pelos agentes públicos resultam em prejuízos ou danos a terceiros, mesmo sem culpa. A responsabilidade objetiva, também, pode ser entendida quando o Estado deveria agir, mas não faz e se torna omisso.

A consagração do Direito à liberdade e a prioridade aos Direitos do Idoso vinculam o governo à sua promoção e pleno acesso, que deve acontecer por meio de benefícios materiais compensando as desigualdades existentes na sociedade ao mesmo tempo em que se deve

abolir teses e teorias que impedem, restringem, limitam ou facilitam a redução do exercício Direitos fundamentais, base para a manutenção da democracia e do Estado de direito.

Vale salientar, que as inconstâncias e a rapidez das relações humanas também corroboram para a persistência desse percalço. Segundo o pensamento do filósofo Zygmunt Bauman, na "Modernidade líquida", característica do mundo pós-capitalista, existe uma redução das condutas éticas em razão da fluidez de valores. Nesse sentido, é notória a falta de solidez na sociedade brasileira, visto o exposto na fundamentação teórica. Por mais que o Código Civil possua deficiências legislativas, aquilo que de fato consegue ser assegurado, muitas vezes não é posto em prática pela conjuntura social. Dessa maneira, mudanças nos hábitos civis são fundamentais para transpor essas barreiras.

Portanto, pode-se observar que é fato a presença de divergências na legislação e que o cenário atual instiga novas reflexões sobre o amparo desse grupo socialmente vulnerável, fazendo-se necessário elevar o nível protetivo jurídico. Além disso, as questões apresentadas no decorrer do artigo, relacionadas à discrepância, podem ser solucionadas através da justa e efetiva aplicação da Lei Constitucional na legislação infralegal. Devemos, pois, lutar para garantir a efetivação de políticas públicas que venham assegurar mais dignidade à pessoa idosa.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt**, Modernidade líquida**. Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARBOSA, Charles Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. A tutela da dignidade da pessoa idosa no sistema jurídico brasileiro. In: Leite, George Salomão; Mendes, Gilmar. (Org.). **Manual dos direitos da pessoa idosa**.São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547212247/pageid/25. Acesso em: 10 jun. 2023,

BOLZAN, Fabrício. **Responsabilidade civil do estado**. Jusbrasil 2023. Disponível em: https://fabriciobolzan.jusbrasil.com.br/artigos/121819348/responsabilidade civil-do-estado. Acesso em: 21 abr. 2023

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934.Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937.Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. C**onstituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

onstituição dos Estados Unidos do Brasil

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Rio de Janeiro, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL, **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL, **Estatuto do Idoso estabelece direitos das pessoas com 60 anos ou mais**. *In*: Fundação José Carlos Rocha. [S. l.], 9 jul. 2018. Disponível em: http://fundacaojcr.org.br/2018/06/06/estatuto-do-idoso-estabelece-direitos-daspessoas-com-60-anos-ou-mais/. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm acesso em: 02 jun. 2023.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 760 de 2015.** Altera o Código Civil e o Código de Processo Civil para revogar a obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124248. Acesso em: 26 abr. 23.

CABRAL, Umberlândia. População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021. **Agência de notícias IBGE** – PNAD Contínua, 22 jul. 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34438-populacao-cresce-mas-numero-de-pessoas-com-menos-de-30-anos-cai-5-4-de-2012-a-2021. Acesso em: 3 jun. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** - Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596106. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596106/. Acesso em: 01 jun. 2023

INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais**: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. 2007. 126 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2049. Acesso em: 12 jun. 2023.

MEIRELES, Alice Capuxim. **Casamento e união estável**: a vedação à escolha do regime de bens para maiores de 70 anos de idade. Orientadora: Giselle Picorelli Yacoub Marques. 2020. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

MENDES, Gilmar F. Série IDP.**Manual dos direitos da pessoa idosa.** DIG. Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547212247. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547212247/. Acesso em: 18 abr. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016- 12-16_08-02_Separacao-de-bens-nao-e-obrigatoria-para-idosos-quando-casamentoe-precedido-de-uniao-estavel.aspx. Acesso em 05 jun. 2023.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Idoso. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direitos Humanos**. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/516/edicao-1/idoso-. Acesso em: 21 abr. 2023.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do idoso comentado**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-6510-5/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/38/6/1:5[eth%2Cik]. Acesso em: 14 jun. 2023.