

A IMPOSIÇÃO LEGAL DO REGIME DE CASAMENTO PELA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS: PROTEÇÃO OU INDIGNIDADE?

THE LEGAL IMPOSITION OF THE COMPULSORY SEPARATION OF PROPERTY MARRIAGE REGIME ON THE OVER-70S: PROTECTION OR INDIGNITY?

Roger Wiliam Bertolo¹
Jorge Renato dos Reis²

Resumo: O artigo analisa a imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos que desejam casar, conforme previsão do Art. 1.641, inciso II, do Código Civil, em confrontação com o princípio constitucional da solidariedade, buscando estabelecer se a norma em comento protege ou representa ato atentatório à dignidade dessas pessoas. Empreende-se a análise dos regimes de bens previstos na legislação, as espécies e fundamentos à imposição do regramento compulsório, a verificação da existência de outros impedimentos legais em face da atingimento de determinada idade, o exame dos fundamentais princípios constitucionais e características das famílias modernas e, a averiguação da utilização do princípio constitucional da solidariedade nas relações privadas. O método empregado é hipotético-dedutivo, fazendo-se uso da técnica de pesquisa bibliográfica na legislação, na doutrina e na jurisprudência. A conclusão aponta que a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos representa ato danoso à dignidade dessas pessoas, impedindo-as de optarem pelos demais regimes, atingindo sua autonomia e inexistindo justificativa plausível para tal, sendo uma intervenção estatal que não atinge um objetivo claro e não traz justiça social às pessoas envolvidas, presumindo uma incapacidade absoluta à cidadãos plenamente capazes.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Maiores de setenta anos. Princípio da Solidariedade. Regime de bens. Separação obrigatória de bens.

Abstract: The article analyzes the imposition of the mandatory separation of property regime on people over seventy years of age who wish to marry, as provided for in Article 1.641, item II, of the Civil Code, in confrontation with the constitutional principle of solidarity, seeking to establish whether the rule in question protects or represents an act that undermines the dignity of these people. It undertakes the analysis of the property regimes provided for in the legislation, the species and grounds for the imposition of compulsory regulation, the verification of the existence of other legal impediments in the face of reaching a certain age, the examination of the fundamental constitutional principles and characteristics of modern families and, the investigation of the use of the constitutional principle of solidarity in private relations. The method

¹ Mestrando em Constitucionalismo Contemporâneo no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC) com bolsa PROSUC/CAPES II. Especialista em Advocacia Cível pela FMP/RS, em Direito de Família e Sucessões pela UNISC e, em Advocacia Trabalhista e Previdenciária pela UNISC. Bacharel em Direito pela URCAMP/RS. Pesquisador e membro do Grupo de Pesquisa "Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado", vinculado ao PPGD/UNISC. Advogado. E-mail: roger_bertolo@outlook.com

² Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno - Itália com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Especialista em Direito Privado pela UNISC. Bacharel em Direito pela FISC. Pesquisador e Coordenador do Grupo de Pesquisa "Intersecções Jurídicas Entre o Público e o Privado", vinculado ao PPGD/UNISC. Professor. Advogado. E-mail: jreis@unisc.br

utilized is hypothetical-deductive, making use of the bibliographical research technique in legislation, doctrine and jurisprudence. The conclusion points out that the imposition of the mandatory separation of property regime to those over seventy years of age represents a harmful act to the dignity of these people, preventing them from opting for the other regimes, reaching their autonomy and lacking plausible justification for it, being a state intervention that does not achieve a clear objective and does not bring social justice to the people involved, presuming an absolute incapacity to fully capable citizens.

Keywords: Dignity of the human person. Over seventy years old. Principle of Solidarity. Property regime. Compulsory separation of property.

1 INTRODUÇÃO

No dia 30 de setembro de 2022, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu repercussão geral ao Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642/SP, em que se busca debater a constitucionalidade do Art. 1.641, inciso II, do Código Civil que estabelece compulsoriamente o regime obrigatório de separação de bens às pessoas maiores de setenta anos, o qual se transformou no Tema n.º 1.236. Além do questionamento constitucional acerca da imposição legal dada pelo mencionado dispositivo, o recurso buscou discutir a aplicação dessa regra às uniões estáveis, visto que a partir de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tal ônus vem sendo empregado nessas relações.

Assim, o presente artigo busca analisar a imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos que desejam se casar, conforme previsão do Art. 1.641, inciso II, do Código Civil, confrontando-a, principalmente, com o princípio constitucional da solidariedade, mas também, com os demais princípios constitucionais ínsitos as organizações familiares na atualidade e suas características basilares. Também, com os outros tipos de impedimentos a livre escolha do regramento acerca do patrimônio nos enlances matrimoniais ou previsões legais que cerceiam a capacidade civil das pessoas em razão da idade.

Tem-se então como problema: quando observada pelo viés do princípio constitucional da solidariedade, a imposição do regime de separação obrigatória de bens no matrimônio das pessoas maiores de 70 anos, prevista na codificação civil, representa um ato discriminatório e atentatório a dignidade dos nubentes nessa faixa etária ou visa fornecer alguma proteção a essas pessoas?

Inicia-se o debate com a análise dos regimes de bens previstos no ordenamento jurídico pátrio e quais são as suas principais características e implicações nos enlances matrimoniais. Posteriormente, diante da previsão e existência do regime de separação obrigatória de bens, examinam-se os tipos e fundamentos à imposição do regramento restritivo a certas pessoas, mormente, as maiores de 70 anos, buscando, na sequência, apontar se existem outros atos da vida civil que restam impedidos em face da atingimento de determinada idade.

No penúltimo tópico são elencados quais os fundamentais princípios e características que norteiam as entidades familiares na atualidade, mormente, sob o viés da Constituição Federal de 1988 e sob a égide da autonomia da vontade das partes. E, finalizando, apresentam-se os fundamentos do princípio constitucional da solidariedade e sua reverberação na superação da dicotomia direito público *versus* direito privado, possuindo assim esteio para a sua utilização nas relações particulares.

Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, busca-se analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência atinente ao assunto em voga, respondendo ao fim o problema apresentado. Tem-se como hipóteses ao problema os efeitos dessa passível violação em confronto com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade, do planejamento familiar livre, da autonomia e na menor interferência estatal nas famílias em face da imposição dada pelo Código Civil. E, sobre a constitucionalização do direito privado, a autonomia privada da vontade, questões patrimoniais e eventuais preconceitos com as pessoas maiores de setenta anos para impedi-las de tomar suas próprias decisões no tocante a escolha do regime de bens caso forem se casar após essa idade.

Logo, será que tal limitação – ainda que busque dar uma certa proteção a essas pessoas – na realidade não fere sua dignidade e autonomia?

2 REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO ÀS PESSOAS MAIORES DE SETENTA ANOS: PROTEÇÃO OU INDIGNIDADE?

O ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no Art. 1.639 do Código Civil (CC) prevê como regra geral que a escolha do regime de bens do casamento é de livre estipulação pelos nubentes, competindo a eles optarem por aquele que melhor satisfaça seus interesses e desejos. Tal escolha começa a vigorar após a celebração

do casamento (Art. 1.639, parágrafo 1º) e regerá o matrimônio até o seu término ou, até eventual alteração mediante autorização judicial (Art. 1.639, parágrafo 2º).

Porém, tal autonomia ampla é mitigada sob determinados aspectos igualmente previstos na codificação civil, visto que o Art. 1.641 traz a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes em determinadas situações, proibindo a livre escolha conforme previsão do Art. 1.639. Portanto, ainda que haja determinada liberdade aos futuros noivos em optarem por um dos regimes de bens previstos na legislação pátria, há também uma limitação legal, a qual ordena, obrigatoriamente, a realização do casamento pelas regras da separação patrimonial.

Dessa forma, mister inicialmente a conceituação e a apresentação dos regimes de bens existentes no Código Civil brasileiro, suas nuances e quais são as suas repercussões para a vida do futuro casal.

2.1 Regimes de bens previstos no ordenamento jurídico pátrio

Conforme já asseverado alhures, a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro é dar autonomia aos nubentes para que eles optem pelo regime de bens que melhor satisfazer suas vontades (Art. 1.639, CC), salvo, as excepcionais situações previstas (Art. 1.641, CC), que obrigam os noivos a casarem sob a disciplina da separação do patrimônio. Contudo, o que são os regimes de bens, quais os tipos existentes na legislação pátria e quais as suas consequências na vida dos cônjuges/companheiros?

O regime de bens é o estatuto normativo que regulamenta os efeitos patrimoniais em relação aos partícipes de uma relação afetiva, seja ela matrimonial ou convivencial, ajustando as disposições acerca da propriedade e administração do acervo de itens dos integrantes, sejam os anteriores ou posteriores à união, estabelecendo direitos e deveres a ambos (ROSA, 2020). O regime de bens é uma regra estatal impositiva relativa à organização patrimonial dos enlaces conjugais e convivenciais, sendo um de seus requisitos básicos de formação, visto que a convivência familiar mescla não só as vidas dos noivos/companheiros, mas também, das posses e das propriedades de cada um deles, urgindo que exista a delimitação da responsabilidade e o controle da origem, titularidade e destino do acervo existente ou futuro no liame da relação (DIAS, 2022).

O Código Civil arrola e tipifica quatro espécies de regimes de bens passíveis de escolha pelos nubentes/conviventes, a saber, comunhão parcial (Art. 1.658), comunhão universal (Art. 1.667), participação final nos aquestos (Art. 1.672) e da separação (Art. 1.687), os quais, apesar de previstos e tipificados no subtítulo dirigido as relações matrimoniais, é aplicado extensivamente às uniões estáveis (FARIAS; ROSENVALD, 2018). Contudo, fundado na autonomia privada, a doutrina e a jurisprudência vem admitindo a existência de regimes mistos de bens, os quais mesclam as características dos demais já previstos e os quais devem, obrigatoriamente, constarem em escritura pública de pacto antenupcial (MADALENO, 2015).

O momento de escolha do regime de bens difere entre os tipos de relacionamentos em que ele se faz necessário. No casamento, por se tratar de negócio jurídico, a regra patrimonial que regerá a conjugação da vida do casal deverá ser traçada pelos nubentes durante o processo de habilitação ao matrimônio, o qual passa a operar seus efeitos após a celebração do enlace (ROSA, 2020). O Art. 1.641 e seu parágrafo único estabelecem o regime da comunhão parcial de bens como regramento geral, assim, caso não seja feita a opção durante a habilitação, não exista pacto antenupcial atinente a escolha dos demais regimentos ou ele seja invalidado, o casamento será regido pelas regras desse estatuto (DIAS, 2022).

Já na união estável, por se tratar de ato-fato jurídico, tem-se momentos distintos para escolha do regime de bens e, por consequência disso, a sua aplicação na relação. Tal qual no casamento, a união estável possui como regra geral o regime da comunhão parcial de bens (Art. 1.725, CC), o qual somente será afastado por instrumento firmado entre os companheiros, onde poderão dispor pela forma que preferirem (PEREIRA, 2020). Assim, o regime de bens da união estável passará a irradiar efeitos desde a sua constituição, porém, o regramento patrimonial fica sujeito ao reconhecimento - imediato ou posterior em contrato de convivência – ou, em ação judicial própria, ou seja, se for eleito em documento válido, opera efeitos desde a sua declaração, caso contrário aplicam-se as disposições da comunhão parcial a todo período ou aquele anterior a manifestação da vontade das partes (ROSA, 2020).

Tais regimes assumem, primeiramente, feições relativas a gestão, administração e disposição do patrimônio dos cônjuges/companheiros, as quais poderão ser mais restritivas ou participativas na comunhão universal e parcial, ao

passo que serão mais flexíveis e com menor participação/inexistência na participação final nos aquestos e na separação de bens (MADALENO, 2015).

Afora as disposições acerca do controle e gestão do acervo patrimonial, o principal efeito da escolha entre os regimes de bens é atinente a comunicação (ou separação) dos itens de propriedade dos cônjuges/companheiros, o qual irá influenciar futuramente em um eventual divórcio/dissolução da união estável e na partilha oriunda do inventário (FARIAS; ROSENVALD, 2018). A comunicação dos bens oriunda da comunhão de vida entre os consortes/conviventes origina o patrimônio comum, sob o qual, cada parte possui direito a metade (meação), enquanto os itens particulares serão pertencentes exclusivamente ao seu respectivo proprietário (DIAS, 2022).

Dessarte, no regime da comunhão parcial de bens há a comunicação entre todos os bens que foram adquiridos na constância do casamento ou da união estável (Art. 1.658 e Art. 1.660, CC), a título oneroso ou gratuito, excluindo-se, em regra, os particulares e anteriores ao relacionamento – bem como aqueles sub-rogados em seu lugar - e, aqueles elencados no Código Civil (Art. 1.659 e Art. 1.661). No regime de comunhão universal se comunicam todos os bens que as partes possuem, sejam eles particulares ou comuns, anteriores ou posteriores ao enlace e adquiridos a qualquer título (Art. 1.667, CC), ressalvadas, apenas, as previsões do Art. 1.668 do Código Civil.

No regime de participação final nos aquestos apenas estão sujeitos a comunicação os bens adquiridos pelo casal de forma onerosa e na constância da relação (Art. 1.672 CC), massa patrimonial que justamente recebe o nome que tal regramento é conhecido. Já no regime de separação de bens não há qualquer tipo de comunicação entre os patrimônios das partes, eis que os itens dos acervos pertencem exclusivamente a cada um dos cônjuges/conviventes, inexistindo, em regra³, a meação, sendo a administração da propriedade competente ao seu respectivo dono, o qual possui a liberdade de aliená-los ou gravá-los como lhe aprouver, assim como, em ficar responsável apenas por suas relativas dívidas, sendo a única diferenciação

³ Diz-se que em regra não existe meação no regime de separação de bens, eis que, com o pesar da previsão legal, em virtude da Súmula n.º 377 do Supremo Tribunal Federal, o regramento da divisão obrigatória conta com a característica de comunicabilidade da modalidade parcial, redundando em aquestos, pois assevera a jurisprudência sumular que “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”. Contudo, a comunicabilidade (e por consequência o direito a meação), pode ser afastada por escritura pública de pacto antenupcial ou de convivência (ROSA, 2020).

existente nesse regramento é que ele pode ser eleito por livre iniciativa dos contraentes ou, precisamente, por obrigação legal (LOBO, 2018).

Portanto, apontadas essas premissas, passa-se a compreensão de quais as espécies de casamentos/uniões estáveis que necessitam ser obrigatoriamente regidas pela separação de bens e, quais as principais características para que o legislador faça tais estipulações restritivas.

2.2 Espécies de restrições à livre escolha do regime de bens e fundamentos para a imposição da separação obrigatória

Sendo a liberdade de escolha pelo regime de bens que melhor aprover os desejos dos nubentes/companheiros a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro e apenas em casos pontuais tal preceito é quebrado, certamente devem haver motivos que fundamentam ou justificam a impossibilidade de eleição do regramento que irá ditar as questões patrimoniais do casamento/união estável. Assim, torna-se importante compreender quais são as espécies de casos em que há a imposição do regime de separação obrigatória de bens e quais são os motivos apontados para que isso ocorra.

O Art. 1.641 do Código Civil é o responsável por elencar as exceções à regra da livre escolha do regime de bens pelos nubentes, arrolando em três incisos quais as situações nas quais será obrigatório o regramento da separação patrimonial. O inciso I afirma que o regime de separação obrigatória de bens será aplicável as pessoas que contraírem matrimônio negligenciando as causas suspensivas para celebração do casamento, o inciso II pontua que a exceção à regra de livre escolha será aplicada aos maiores de setenta anos, enquanto o inciso III fecha as exceções determinando que aplicar-se-á tal regramento aos cidadãos que, para se casarem, dependam de suprimento judicial.

A justificativa legal para a mitigação dos efeitos da autonomia privada da vontade nos casos previstos pelo rol de incisos do Art. 1.641 é ditada por questões de ordem pública, reputadas como relevantes na busca em dar especial proteção à algumas pessoas ou situações (GIORGIS, 2012). Para tal, a intenção legislativa foi a de conferir um impedimento a uma possível mistura patrimonial em determinadas espécies de casamento, buscando preservar – individual e separadamente – os

interesses de cada cônjuge, desconsiderando completamente, por outro lado, os seus desejos (FARIAS; ROSA, 2022).

No campo jurídico, a lei busca muitas vezes atribuir determinadas consequências normativas visando coibir condutas que entende por indesejadas, fixando um ônus àqueles que resolverem praticar o ato inibido - não proibido – pelo ordenamento (GIORGIS, 2012). Assim, o regime de separação obrigatória de bens surge como um gravame imposto as pessoas que, mesmo se encontrando nas situações previstas no rol do Art. 1.641, do Código Civil, optam em se casar (LOBO, 2018).

Conforme o inciso I do Art. 1.641 do Código Civil, o regime da separação obrigatória de bens será aplicado aqueles que violarem as causas suspensivas ao matrimônio, remetendo-se assim, as situações elencadas no Art. 1.523⁴ do mesmo *Codex*. Claramente, a intenção estabelecida nessas situações pelo legislador foi a de preservar a possível confusão patrimonial e não prejudicar os interesses do terceiro que irá se casar com pessoa que esteja em flagrante violação das causas suspensivas ao matrimônio (incisos I, III e IV), bem como, resguardar a presunção relativa a uma possível paternidade (inciso II) e suas implicações legais (FARIAS; ROSA, 2022).

As cláusulas suspensivas ao casamento são recomendações legais para que o ato não seja realizado, nas quais se optou por retirar os efeitos patrimoniais do matrimônio, impondo aos nubentes o regime obrigatório de separação de bens (DIAS, 2022). Contudo, os impedimentos dos incisos I, III e IV podem ser afastados por autorização judicial conforme previsão encontrada no parágrafo único do Art. 1.523 (ROSA, 2020).

Trespassando a ordem do rol do citado Art. 1.641 - visto que o foco do trabalho é a regra do inciso II -, tem-se o III, que assevera que o regime obrigatório da separação de bens será aplicável a todos que dependerem de suprimento judicial para contraírem as núpcias. Nesse tópico entram as pessoas entre 16 e 18 anos que não possuem autorização dos pais para contraírem matrimônio, bem como, na hipótese

⁴ CC: 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.

de casamento nuncupativo (Art. 1.540, CC), visto que, em ambos os casos, para que haja a realização e validade ao enlace é necessária autorização judicial, em que inclusive haverá a intervenção do Ministério Público (FARIAS; ROSA, 2022).

No caso das pessoas entre 16 e 18 anos, nota-se que, apesarem de estarem em idade núbil precisam da autorização dos pais para celebrarem o casamento (Art. 1.517, CC), a qual, se não for consentida, poderá ser suprimida por provimento judicial (Art. 1.519, CC) e, por ainda não terem atingido a capacidade civil plena, o ônus imposto pela legislação com o casamento pelo regime da separação visa dar certa proteção aos bens daquele que o próprio ordenamento jurídico reconhece com relativamente incapaz, ou seja, que se presume não ter discernimento adequado (MADALENO, 2015). Já o casamento nuncupativo, previsto no Art. 1.540 do Código Civil, ocorre em face do iminente risco de vida que um dos nubentes esteja passando, fazendo com que não haja a competente habilitação para o matrimônio e que a pessoa em perigo reste impossibilitada de exprimir sua vontade perante a autoridade competente.

Assim, deve o ato ser celebrado na presença de seis testemunhas, que não podem ter parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau com os contraentes e, que, conforme Art. 1.541 do Código Civil, deverão declarar, em até dez dias após a cerimônia e perante autoridade judicial, que foram requisitadas pelo enfermo, que em seu juízo entendem que o nubente combatido aparentava correr risco de vida e que ambos os noivos declararam, de livre e espontânea vontade que tem o outro como seu cônjuge (ROSA, 2020).

Logo, por não haver toda a tramitação da habilitação legal para o casamento e, por conta das causas que levaram a sua celebração, não havendo o acompanhamento pela respectiva autoridade, conclui-se que, a imposição do regime de separação, nessa precípua hipótese, visa uma determinada proteção patrimonial do enfermo, presumindo-se uma declaração de vontade primada em certa pressa, visto que se não fosse a situação de risco de vida, não se estaria casando naquele momento e sob aquelas condições.

Por último, chega-se ao inciso II do Art. 1.641 do Código Civil, que determina, compulsoriamente, a separação dos acervos patrimoniais às pessoas maiores de setenta anos que desejam se casar após ultrapassada a citada idade. Por isso, tal regramento ganhou a alcunha de “regime de separação obrigatória” ou “separação legal” de bens, ressaltando-se que, a imposição é aplicável não somente nos casos

em que ambos os nubentes forem idosos que superaram esse limite, mas sim, sendo qualquer um deles (VELOSO, 2017).

Os argumentos que buscam sustentar a existência e a validade dessa norma estão fundados na proteção aos idosos - e a seus herdeiros -, decorrente de possíveis matrimônios que visem, exclusivamente, o interesse econômico e patrimonial gerados em virtude da união, os quais são buscados por pessoas interesseiras e oportunistas que apenas tentam, de má-fé, aproveitar-se dos cidadãos que ultrapassaram os setenta anos (COSTA, 2009).

Na interpretação das palavras quase poéticas de Veloso (2017), há fundada desconfiança do legislador na veracidade dos relacionamentos que nascem no entardecer da vida, na franqueza do amor que chega de maneira tardia, supondo-se que ele é permeado de conveniência e suspeito interesse financeiro daquele que se entrega à paixão por uma pessoa que já superou a barreira dos setenta anos, o qual, apenas agiria de maneira enamorada para aplicar o sorrteiro “golpe do baú”. Essa é a gênese donde desponta a previsão do regime obrigatório de separação de bens, visando evitar, ou ao menos, refrear, as vis perspectivas gananciosas daqueles que se relacionam afetuosamente com um idoso ou idosa (VELOSO, 2017).

Contudo, ainda que conforme as demais previsões legais dadas pelo Art. 1.641 (incisos I e III), busque se atribuir uma proteção patrimonial aos maiores de setenta anos, persistindo – ao menos naquelas -, uma justificativa aparentemente plausível e com elementos probantes de que há latente prejuízo a terceiros, no impedimento aos idosos de optarem pelo regime de bens que melhor os satisfaça, a norma faz-se uma presunção *juris et juris* que subtrai a plena capacidade dessas pessoas (DIAS, 2022). Tal pressuposto cria uma barreira despropositada e infundada, impedindo o exercício da plena capacidade civil dos maiores de setenta anos, os quais passam então, compulsoriamente, a não poder exercer o direito de escolha ao regime de bens que melhor satisfaça seus interesses e planos de vida (FARIAS *et al.*, 2020).

A pretensa *ratio* da norma que impossibilita os maiores de setenta anos em optarem pelo regime de bens que desejarem, atenta diretamente contra a dignidade dessas pessoas, eis que claramente reduz a autonomia plena que elas possuem, intimida-as sob a batuta de um tutela estatal de submissão, que redundando na própria limitação da liberdade de celebrar o casamento (LOBO, 2018). Limitar a autonomia das pessoas apenas em virtude de alcançarem determinada idade representa clara norma insensível e inválida do ponto de vista constitucional, pois desrespeita os

princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, discriminando como incapazes, um enorme grupo de cidadãos civilmente aptos (MADALENO, 2015).

Manter válida e legalmente eficaz tal norma desvela um arraigado apego individualista e patrimonialista, característicos das codificações oitocentistas, que infelizmente ainda encontram eco no ordenamento jurídico hodierno, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as mudanças paradigmáticas por ela trazidas, mormente, sob o viés do intuito protetivo à dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade (OTERO, 2001). Tal qual alertava Villela (1980) ainda na década de 1980 e, sob a égide do Código Civil de 1916 e da Constituição anterior, manter a imposição de um regime legal de separação de bens as pessoas idosas ultraja sua dignidade, protegendo não os cidadãos, mas sim, pretensos interesses patrimoniais dos futuros herdeiros, ignorando a afetividade dos envolvidos, como se o amor fosse apenas uma característica dos jovens.

Ainda que as disposições atinentes as restrições a livre escolha do regime de bens previstas no Código Civil estejam elencadas dentro dos títulos atinentes ao casamento em si, o STJ vem aplicando a imposição das regras da separação obrigatória também as uniões estáveis.⁵ Na justificativa do superior colegiado para fazer tal interpretação reside a equiparação promovida pelo STF no julgamento do Tema n.º 809, onde foi afirmada a inconstitucionalidade da distinção dos regimes sucessórios entre o casamento e união estável.⁶

Dessarte, pelo menos no comparativo em relação as demais espécies de restrições ao direito de livre escolha do regime de bens, vê-se que o imperativo trazido pelo inciso II do Art. 1.641 do Código Civil é prejudicial aos interesses das pessoas maiores de setenta anos, visto que ele coloca uma barreira intransponível a esses cidadãos e, do visto até aqui, não há, qualquer justificativa plausível - além daquelas de eminente cunho patrimonial -, a sustentar a manutenção dessa coibição. Assim,

⁵ (...) É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento" (REsp 1403419/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 14/11/2014). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.299.964/DF, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe de 22/11/2018).

⁶ STF – Tema 809: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no Art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do Art. 1.829 do CC/2002.

adentra-se na sequência na análise acerca da existência de outros impedimentos aos atos da vida civil no tocante o alcance de determinada idade.

2.3 A (in)existência de impedimentos em outros atos da vida civil em face da atingimento de determinada idade

Conforme previsão do Art. 5º, CC, a capacidade plena das pessoas para a prática de todos os atos da vida civil inicia aos dezoito anos de idade, momento em que se estará integralmente habilitado para o exercício dos direitos e deveres dessa ordem (Art. 1º, CC). A partir do aludido marco, tal prelação somente poderá sofrer alterações quando se estiver diante de pessoa sujeita a curatela (Art. 1.767, CC) ou daquela que elegeu outras duas para lhe prestarem apoio na tomada de decisões (Art. 1.783-A, CC), e, claro, findando-se com a morte (Art. 6º, CC), eis que extingue a personalidade natural.

Pelo ordenamento jurídico pátrio, a pessoa adquire a sua capacidade plena ao implementar a maioridade, a qual, somente poderá ser tolhida em casos extremos e por meio de procedimento judicial de curatela (DIAS, 2022). A plenitude da capacidade na ordem civil, após alcançada, somente poderá ser cerceada mediante decisão judicial, a qual limitará a livre regência dos atos da vida dessa pessoa (ROSA, 2020).

Portanto, sendo o caso de pessoa curatela ou que tenha elegido apoiadores para lhe auxiliarem em suas decisões, os atos da vida civil atinentes a ela serão feitos por representante ou assistentes legalmente constituídos para tal, não sendo, contudo, deixados de serem realizados. Os atos de alienação de eventual patrimônio, constituição de pessoa jurídica, doação de determinado bem, entre outros serão feitos mediante representante legal ou com o auxílio dos assistentes, podendo ainda, ocorrer por autorização judicial expressa.

Até mesmo, desde que em idade núbil, pessoas com deficiência mental ou intelectual podem contrair matrimônio (Art. 1.550, §2º, CC) e escolherem o regime de bens que desejarem, desde que o façam mediante expressa manifestação própria de sua vontade ou por meio de seu responsável (DIAS, 2022).

No decorrer de todo o Código Civil brasileiro e mesmo em leis esparsas como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) ou o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei n.º 10.741/2003), nota-se que não há qualquer menção ou dispositivo que reduza a capacidade plena dos cidadãos que já a atingiram ou, que inviabilize a

realização ou até reconheça a nulidade de determinado ato em virtude do alcance de uma idade estipulada. Nem mesmo, que a contar de fixada faixa etária haveria algum tipo de presunção que reduziria a capacidade cognitiva ou volitiva das pessoas, o que por si, reduziria sua autonomia e liberdade.

Dessarte, até que sobrevenha decisão judicial, a pessoa idosa terá autonomia de gestão sobre todos os seus atos da vida civil, podendo “realizar contratos de compra e venda, abrir uma empresa, realizar doações” (ROSA, 2022, p. 276). Isso, pois, a pessoa maior de setenta anos não é incapaz civilmente, nem possui contra si qualquer juízo que lhe atribua carência na compreensão ou na vontade atinente ao gerenciamento dos atos da vida civil e suas respectivas consequências (VELOSO, 2019).

Uma frase seguidamente proferida em palestras pelo Desembargador Rui Portanova, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS), é que após ter completado setenta anos (atualmente ele está com setenta e três), ele, na condição de magistrado pode continuar julgando e decidindo a vida de muitas pessoas, porém, caso decida se casar novamente, não vai poder sequer dispor do regime de bens de seu matrimônio, visto que a lei lhe obrigará, compulsoriamente, ao regramento da separação. E o que mais chama a atenção nessa frase é que o magistrado em comento compõe a 8ª Câmara Cível do TJ-RS, órgão esse, que é um dos responsáveis em apreciar os recursos oriundos de casos de família e sucessões, ou seja, ele pode decidir sobre fatos de outros núcleos familiares, mas, não possui total gerência sobre o seu próprio em caso de vir a querer contrair novo matrimônio.

Por isso, a hodierna doutrina vem pujantemente depreciando a única previsão legislativa que estipula esta mácula a total autonomia das pessoas maiores de setenta anos, devendo elas possuírem a mesma prerrogativa que os demais cidadãos, quer seja, poderem optar livremente sobre o regime de bens de seu matrimônio (ROSA, 2020). Tendo em vista que inexistem quaisquer outros tipos de vedações na legislação no tocante o cerceamento da autonomia ao se atingir determinada idade, a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos cidadãos maiores de setenta anos nada mais é que um infeliz revérbero da recalcitrante cultura patrimonialista ainda presente no Código Civil, constituindo-se de uma afronta desnecessária imposta às pessoas idosas (VELOSO, 2019).

Apontada a inexistência de outros impedimentos legais que levem em consideração o atingimento de determinada idade para cercear a plena capacidade

das pessoas, tal qual ocorre com a regra contida no inciso II do Art. 1.641 do Código Civil, passa-se a análise dos princípios constitucionais basilares e as relevantes características que traçam o perfil das famílias na atualidade, mormente, quando observadas sob o prisma da autonomia da vontade das partes, ofertando-se mais alguns contrapontos na discussão em voga.

2.4. Princípios constitucionais basilares e características relevantes que norteiam as entidades familiares na atualidade sob o prisma da autonomia da vontade das partes

O perfil da família brasileira atual é heterogêneo e eivado de nuances que a diferenciam de suas clássicas características antepassadas – patriarcal, patrimonial, institucional e invariável -, sendo isso, fruto das mudanças sociais ocorridas no país e pelas mudanças legislativas ocorridas, mormente, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Houve uma grande alteração de paradigmas com o advento da nova carta política, a qual trouxe novos instrumentos normativos para regular as famílias e uma série de princípios que lhe dão molde. Por isso, a compreensão de tais fundamentos é importante no debate empreendido, visto que são eles que dão cores ao mosaico familiar moderno.

Sem se aprofundar muito na temática, visto que não é o foco da discussão aqui tratada, mas para fins de contextualização, princípios são as bases de um determinado ordenamento jurídico, aos quais podem ser atribuídos três sentidos (SOARES, 2010). Assim, os princípios seriam: *a)* normas gerais que expressam valores, servindo de parâmetro para as regras que o incrementam; *b)* *standards* impositivos para a criação de normas intrínsecas; e *c)* generalizações indutivas a partir das normas existentes em cada ramo do direito (SOARES, 2010).

Os princípios, ao contrário das regras, não têm o condão de se esgotarem em si mesmos, não sendo “ou tudo ou nada”, mas sim, permitem uma interpretação extensiva, que se amolda e adapta conforme a realidade, ofertando, assim, a evolução e a variação da letra fria da lei, transformando o sistema legal com os valores que emanam dos fundamentos basilares desse mesmo ordenamento (LOBO, 2018). Dessarte, podem os princípios tanto estarem explícitos no texto da norma, quanto implícitos em face de sua interpretação, a qual deve claramente estar alinhada aos ditames maiores da constituição (BONAVIDES, 2020).

No âmbito do direito de família, os princípios constitucionais podem ser divididos, basicamente, em dois grupos: fundamentais e gerais (LOBO, 2018). Mesmo que não haja uma homogeneidade na classificação e nas espécies dos princípios em si que são atinentes a família, a partilha entre fundamentais e gerais aponta na direção de que: *a)* os primeiros são àqueles ligados aos fundamentos e objetivos do Brasil enquanto Estado e, as garantias fundamentais, que se aplicam, inclusive, a todos os demais ramos do direito e, *b)* os seguintes são aqueles especiais e próprios das entidades familiares (DIAS, 2022).

Na esfera dos fundamentais destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1º, III), da solidariedade (CF, Art. 3º, I), da liberdade (CF, Art. 5º, *caput* e inciso II) e da igualdade (CF, Art. 5º, *caput* e inciso I), os quais estão todos explícitos no texto constitucional (PEREIRA, 2020).

Já no âmbito dos princípios gerais – que possuem um rol mais ou menos alargado conforme cada doutrina –, eles vêm a partir do Art. 226 da Constituição Federal ou estão intimamente ligados aos fundamentais. Dessa forma, podem ser elencados os princípios da família como instituição básica da sociedade (Art. 226, *caput*), a especial proteção estatal (Art. 226, *caput*), afetividade (implícito), solidariedade familiar (Art. 229 e Art. 230), igualdade de filiação (Art. 227, §7º), igualdade de direitos e deveres da sociedade conjugal (Art. 226, §5º), livre planejamento familiar (Art. 226, §7º, primeira parte), melhor interesse da criança/adolescente (Art. 227, *caput*), pluralidade de formas familiares (Art. 226, §1º, §3º e §4º) e autonomia/menor intervenção estatal (Art. 226, §7º, segunda parte) e mesmo a monogamia (implícito), para citar os mais pujantes e citados (DIAS, 2022).

Em face da temática proposta, ater-se-á na sequência aos princípios constitucionais fundamentais ao direito de família (dignidade, liberdade e igualdade) e daqueles gerais, serão destacados o da afetividade, do livre planejamento familiar e da autonomia/menor intervenção estatal, os quais bem contrastam com o assunto trazido à baila. A solidariedade - como igual princípio fundamental – será analisada em tópico próprio tendo em vista sua importância no desfecho da análise empreendida.

a) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Inicia-se a apresentação dos princípios constitucionais que possuem forte ligação com o direito de família justamente por aquele que é a matriz de todo o

ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana. Tal preceito é a essência daquilo que é necessário e universal a todos os seres humanos e como tal, reveste-se de obrigatório resguardo e respeito no intuito de manter sua plena integridade (LOBO, 2018).

Para Sarlet (2019), que se filia ao pensamento *kantiano* para apresentar o atual conceito de dignidade da pessoa humana, ela (dignidade) passa a existir apenas em decorrência da própria condição de ser humano que as pessoas possuem, da qual deriva a titularidade de direitos e deveres alinhados aos dos demais cidadãos e que devem, obrigatoriamente, serem reconhecidos, respeitados e protegidos, seja pelo Estado, seja pelos demais. A dignidade, enquanto atributo inerente aos seres humanos, é o núcleo valorativo que deve pautar toda a organização da sociedade, partindo de sua posição topológica no mais alto escalão da constituição e reverberando efeitos para todo o ordenamento jurídico, amoldando em seu âmago as normas de ação do Estado e dos particulares (SARMENTO, 2006).

Trazida para o âmbito legal interno, a dignidade da pessoa humana foi elencada no inciso III do Art. 1º da Constituição Federal de 1988, sendo tratada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Ainda que conforme já afirmado, sua aplicação se espraia por todo o ordenamento jurídico, no âmbito familiar a dignidade assume feições que valorizam e dão um contorno ainda mais importante ao ser humano enquanto membro desses núcleos, repersonalizando, emancipando e oportunizando o pleno desenvolvimento de todos aqueles inseridos na família, indiferente ao seu modelo, pois permite, enquanto instrumento, a plena realização pessoal de cada integrante (LOBO, 2018).

A dignidade da pessoa humana “encontra na família o solo apropriado para florescer”, pois é no seio familiar que se resguardam e fortalecem características como o “afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum”, as quais proporcionam o completo amadurecimento dos integrantes, seja no âmbito pessoal ou social (DIAS, 2022, p. 58). Tais características encontradas nas hodiernas entidades familiares somente possuem esse contorno em face da valorização da dignidade como vetor do ordenamento jurídico e da ordem social, pois elas são intimamente ligadas a própria existência pessoal e, aos direitos humanos e fundamentais a ela inerentes (PEREIRA, 2020).

b) Princípios da liberdade, do livre planejamento familiar e da autonomia/menor intervenção estatal

Ainda que guardem cada um à sua função específica dentro dos hodiernos contornos familiares, os princípios da liberdade, do livre planejamento familiar e da autonomia/menor intervenção estatal guardam semelhanças em seu âmago, visto que todos assumem um contorno de independência e permissão as pessoas e, suas respectivas famílias e aspirações. De forma ampla, a liberdade oportuniza aos integrantes e aos próprios núcleos familiares a opção por realizarem tudo aquilo que a lei não proíbe, redundando em uma dinâmica de constante reinvenção e redimensionamento dessas relações (LOBO, 2018).

No tocante ao livre planejamento familiar, a liberdade assume o viés de que o Estado confere diretamente as pessoas o poder de decidirem acerca do formato que melhor lhes aprouver, seja no tocante a constituição, a configuração, a manutenção ou a extinção da família, sendo responsabilidade estatal apenas proporcionar meios financeiros e educacionais que possibilitem o pleno gozo desse direito (DIAS, 2022). A liberdade de gerenciamento do núcleo familiar alberga a ideia de livre escolha pelo modelo que satisfaça os desejos dos partícipes, os quais são os únicos responsáveis, por exemplo, pela constituição ou não da prole ou, pela gestão patrimonial (LOBO, 2018).

Já enquanto vetor do princípio da autonomia/menor intervenção estatal, a liberdade se perfaz nas demais escolhas que o grupo familiar terá que tomar ao longo de sua existência, as quais deverão ser livres, sem qualquer tipo de determinação ou refreamento exterior, sejam pelos parentes, entidades de qualquer natureza, pela sociedade ou pelo Estado (PEREIRA, 2020). Doutra banda, a liberdade oriunda da proibição à interferência estatal no núcleo familiar é pautada pela baixa intromissão que o Estado deve ter nessas entidades, o qual somente deve agir em questões que repercutem de maneira geral, no resguardo dos possíveis vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres, homossexuais) e, para impedir qualquer forma de violência ou práticas atentatórias a dignidade das pessoas inseridas na família (ROSA, 2020).

c) Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade no seio familiar pode ser visto basicamente por dois rumos, um em direção a materialização da equidade – fugindo do mero formalismo

legal -, e outro, fundado no respeito as diferenças. Já na abertura dos direitos fundamentais trazidos pelo Art. 5º da Constituição Federal, a igualdade de todos perante o ordenamento jurídico e sem que haja qualquer tipo de discriminação, aponta que o norte a ser buscado pelo Estado é albergar a isonomia das pessoas, não importando as suas condições e, justamente, reconhecendo, respeitando e valorizando as diferenças existentes na construção da sociedade e dos espaços coletivos (DIAS, 2022).

Indo mais além, a Constituição Federal igualou homens e mulheres tanto em direitos e deveres gerais (CF, Art. 5º, I), como em relação ao exercício da sociedade conjugal (CF, Art. 226, §5º), equiparou as filiações (CF, Art. 227, § 6º) e tratou de oportunizar tratamento isonômico as entidades familiares, sem qualquer aparente predileção à alguma daquelas tipificadas na Carta Magna (MADALENO, 2015). A igualdade, mormente sobre a influência dos princípios apontados alhures, foi o fundamento que mais impactou e promoveu reformas no direito de família, implodindo com a visão tradicional dessa entidade, eis que notadamente, as desigualdades entre os cônjuges, os filhos e as espécies familiares eram constantes do período anterior a Constituição Federal de 1988 (LOBO, 2018).

Além disso, a busca pela igualdade se fulcra no reconhecimento – histórico e cultural – de que existem descompassos estruturais entre as pessoas, o Estado e as relações que se permeiam na sociedade, aqui, em especial, as familiares. Para tal, formalmente por meio do ornamento jurídico, tenta-se atingir a plena isonomia material ao se distinguir, por exemplo, que crianças, adolescentes, idosos, mulheres ou pessoas com deficiência sempre foram tratados com desigualdade no seio da família, estabelecendo um sistema de proteção no intuito de igualá-las em dignidade àqueles que historicamente sempre lhes impingiram inúmeras adversidades (DIAS, 2022).

d) Princípio da afetividade

Por fim, dentro do rol de princípios aqui discutidos, chega-se à afetividade, característica que certamente é uma das mais importantes e significativas no âmbito das modernas acepções familiares. Frisa-se desde logo que mesmo sendo aqui tratada como princípio, a afetividade possui vários contornos de nomenclatura nas doutrinas, o que deve ser ocasionado em face dela não restar explícita na Constituição Federal. Certo, porém, que as fontes lhe caracterizam como traço distintivo da máxima importância nos hodiernos contornos familiares (FARIAS; ROSA, 2021).

Ainda que conforme recém frisado, a caracterização da afetividade pela doutrina não seja uníssona, importante, para o direito, que ela seja afastada de qualquer viés emotivo ou arraigada diretamente ao amor enquanto sentimento, mas sim, como uma demonstração humana consciente, voluntária e, que assevera a autonomia e o desejo daqueles que a exteriorizam no intuito de constituírem família (PEREIRA, 2020). A afetividade tomou parte no mundo jurídico por meio das situações que historicamente lhe negavam reconhecimento ou importância, eis que o empenho em humanizar as pessoas e, buscar assimilar a relação entre o ato, o sentimento e o pensamento na edificação da figura ética, perpassavam o ideal coletivo e individualista, aninhando-se na própria dignidade das pessoas (GROENINGA, 2003).

E nesse sentido, a importância da afetividade ao direito de família está albergada na resignificação que ela conferiu as entidades familiares, as quais foram se afastando de suas características históricas eminentemente patrimoniais, hierárquica e religiosa, para uma viçosa finalidade, dar sentido a dignidade da pessoa humana por meio do *affectio* (GIORGIS, 2010). Ou seja, não são mais as questões atinentes ao patrimônio, aos dogmas religiosos, aos preceitos legais puramente frígidos ou, as imposições morais e éticas que levam as pessoas a se reunirem em família, mas sim a afetividade, o desejo de constituir e ser membro de um corpo familiar, longe de qualquer amarra, buscando apenas dignificar a existência (FARIAS; ROSA, 2021).

Com a valorização da afetividade e sendo ela o esteio que cimenta as relações familiares modernas, essas entidades - que passaram grandes períodos históricos sob o jugo de aspectos distantes do ideário dignificante de seus integrantes -, certamente retornam àquela que foi a sua gênese, uma coletividade afeiçoada nas aspirações comuns de simbiose de vida e arraigada nos liames afetivos (LOBO, 2018).

Portanto, diante dos conceitos principiológicos apresentados, a família moderna pode ser caracterizada como uma entidade livre, plural, democrática e repersonalizada, da qual desponta o intuito de dignificar a existência de seus integrantes, seja de forma individual ou coletiva, estribando-se no afeto, no respeito e na reciprocidade mútua (PEREIRA, 2020). As hodiernas entidades familiares incorporam assim, um modelo “plural, democrático, igualitário e, acima de tudo, um espaço para a concretização da felicidade dos indivíduos (...) tendo a realização afetiva como norte, independente da configuração familiar” (ROSA, 2020, p. 73).

Do ponto de vista dos princípios constitucionais atinentes ao direito de família, vê-se que a imposição legal e obrigatória do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos afronta diretamente tais preceitos, indo na contramão dos fundamentos que os esteiam. Há latente vilipêndio, primeiramente, à dignidade das pessoas idosas, segundo, pois ultraja o ideal de liberdade e igualdade (e seus derivados) e em última análise, apresenta uma ruptura ao elo essencial que permeia as relações familiares e conjugais na atualidade, quer seja, a afetividade, que não poderá ser exercida na totalidade ou será parcialmente tolhida em decorrência da opção compulsória de lei.

Aproximando-se do final, adentra-se na sequência nos fundamentos que justificam a confrontação do dispositivo compulsório trazido pelo inciso II do Art. 1.641 do Código Civil com o princípio constitucional da solidariedade e, como ele pode servir de parâmetro para se chegar à resposta do problema trazido com o presente trabalho.

2.5 Os fundamentos da superação da dicotomia público x privado: a utilização do princípio constitucional da solidariedade nas relações privadas e familiares

A Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, conforme dicção do Art. 3º, inciso I. No que tange a solidariedade, ela pode ser erigida a partir da moral e da ética, projetando-se para o ordenamento jurídico enquanto direito e dever que condiciona condutas estatais e pessoais dentro do contexto social.

A solidariedade em sua gênese remonta aos ideais trazidos com a Revolução Francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, despontando, especificamente, do intuito fraterno, ganhando, porém, contornos próprios (MORAES, 2010). Se a fraternidade sempre esteve ligada a caridade e a filantropia altruística, a solidariedade despontou como o caminho vital à edificação e definição das políticas sociais no final do século XIX, que obrigam tanto o Estado, quanto os cidadãos (FARIAS, 1998).

Dessa forma, a solidariedade se projeta para além da moral, na perspectiva de que a construção de uma sociedade igualitária e justa (direito de todos) somente será possível por meio da contribuição da coletividade social (dever de todos), empregando esforços estatais e pessoais de cada um (OLIVEIRA, 2014). Objetivamente, a solidariedade é a relação de “pertencimento, partilha e de corresponsabilidade” que une as pessoas no espectro social a todos os ônus e bônus delas oriundas, enquanto

subjetivamente, ela pode ser descrita como sendo a “ética social” que manifesta o apego e o espírito de “pertença à comunidade” (NABAIS, 2007, p. 134).

Portanto, a solidariedade enquanto princípio constitucional do ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida como a soma de meios dirigidos à garantia digna de existência a todos os cidadãos, fazendo com que a sociedade floresça de maneira livre e justa, sem excluir ou marginalizar as pessoas (MORAES, 2010). Mesmo que enquanto princípio, a solidariedade careça dos aspectos que normalmente permeiam esses preceitos – amplitude e indeterminação interpretativa -, ela é provida de subordinante nível de aplicabilidade imediata, atuando, no mínimo, como condutora semântica do ordenamento legal (SARMENTO, 2006).

Nesse sentido, pontua-se que a solidariedade possui o *status* de norma jurídica, visto que ela possui força impositiva para respaldar a necessidade de atuação – livre e autônoma – do Estado e dos cidadãos, conquanto ela seja solidária, zelando igualmente pela dignidade dos demais que compartilham o espaço social, fazendo com que todos sejam credores e devedores para agirem voluntariamente em prol do ideal solidário (REIS, 2022). As aspirações individuais de cada pessoa somente serão possíveis de serem alcançadas quando todas aquelas que se encontrem livres estejam dispostas a auxiliar de maneira solidária na concretização dos anseios dos demais (FACHIN, 2006).

Percebe-se assim que, a solidariedade, vista pela lume da cooperação mútua entre Estado e cidadãos, opera com a renúncia a indiferença, ao egoísmo e ao individualismo, viabilizando a materialização dos direitos sociais em prol de uma sociedade justa e igualitária, dignificando cada pessoa que nela vive (CARDOSO, 2014). Ou seja, há uma exigência não só moral e ética, mas também legal, de renúncia aos pensamentos individualistas – tão marcantes nas gêneses dos Estados Liberais –, ressignificando não só a atuação estatal em prol da dignidade de seus cidadãos, mas também, as relações privadas, que passaram a sofrer a influência direta dos princípios constitucionais, alterando-se muitas das normas do direito civil em prol dos valores fundamentais que emanam da Constituição Federal (REIS, 2003).

Esse movimento de irradiação dos preceitos constitucionais para dentro das demais codificações do ordenamento jurídico – aqui em especial a civil – denominou-se constitucionalização do direito privado (MORAES, 2010). Portanto, se antes havia um embate muito bem delimitado entre direito público *versus* direito privado, sendo o primeiro aquele delimitado pelas regras constitucionais que organizavam o Estado e

sua estrutura, enquanto o segundo, representado pelas normas de caráter civil que regulavam a vida das pessoas e os negócios jurídicos nela envolvidos, tal confrontação deixou de existir, tornando o direito uno (REIS, 2022).

E assim sendo, note-se que a carga principiológica da Constituição Federal afeta o ordenamento jurídico em dois sentidos, na relação Estado-cidadão (vertical) e no âmbito cidadão-cidadão (horizontal), visando construir um espaço comum justo e livre, operado por meio da solidariedade (REIS; QUINTANA, 2018). O Estado necessita legislar e organizar as suas próprias relações com as pessoas que o compõe, as quais, obrigatoriamente serão estribadas nos princípios constitucionais no intuito de construção de uma sociedade livre e justa e, estimular que os cidadãos igualmente atuem em prol desses objetivos em seus vínculos, o que se opera, somente, a partir da solidariedade (OLIVEIRA, 2014).

Conforme comentado no presente tópico e pelo já apontado anteriormente no tocante aos princípios constitucionais atinentes as famílias e suas basilares características, tem-se que no âmago do eixo vertical de solidariedade e da constitucionalização das normas privadas, o Estado atua em prol da proteção aos núcleos familiares, garantindo a liberdade e a igualdade entre seus integrantes e resguardando àqueles que porventura sejam vulneráveis (OLIVEIRA, 2014). Doutra banda, no eixo horizontal a solidariedade interpessoal nos núcleos familiares se evidencia na assimilação pelos membros de que todos possuem desejos, carências, autonomia e diversidades, as quais são respeitadas em suas respectivas intimidades, com base na afetividade que os une e impulsiona-os a buscarem o bem-estar e a plena dignidade, coletiva e individual (WELTER, 2006).

Dessarte, vê-se que a solidariedade exige do Estado a efetividade plena na busca pela dignidade das pessoas e na construção de uma sociedade justa e igualitária, o que significa, legislar e aplicar a lei de forma a respeitar os mandamentos constitucionais (OLIVEIRA, 2014). Não restam embaraços sobre a obrigatoriedade de os fundamentos constitucionais afetarem o legislador, a qual reivindica a elaboração de regras pertinentes com a Carta Magna, da mesma forma que tais preceitos devem operar na esfera hermenêutica, demandando a leitura da norma civil de acordo com a constitucional (TEPEDINO, 2006).

No âmbito do direito de família, a observância dos fundamentos constitucionais face aos regramentos cíveis desvela-se de maneira mais acentuada quando confrontada, por exemplo, as disposições contratuais ou negociais de maneira geral,

visto que o antigo viés familista fundado no patrimônio foi ressignificado, resguardando ao cidadão a efetivação de sua personalidade e dignidade por meio de um ambiente familiar livre, autônomo e afetivo e, não mais ao fardo patrimonial de outrora (OLIVEIRA, 2014). Porém, observa-se que o Código Civil de 2002, no tocante o direito de família, não acompanhou de maneira adequada a mudança paradigmática ocorrida nas relações interpessoais, as quais deixaram de lado o caráter individual-patrimonialista para operarem em prol da solidariedade social, eis que a codificação cível conservou de forma pujante as predileções ao patrimônio ao invés daquelas de cunho pessoal, sendo exemplo a regra do Art. 1.641, II, entre outras (LOBO, 2018).

Isso posto, tem-se que na parte legal aparentemente falhou o legislador ao dispor sobre a compulsoriedade da aplicação do regime obrigatório de separação de bens às pessoas maiores de setenta anos, conforme previsão do Art. 1.641, II, do Código Civil, o qual aparenta flagrante vilipêndio a dignidade, a liberdade, a igualdade e a afetividade dos cidadãos que ultrapassaram a faixa etária em comento, privilegiando ainda as disposições patrimoniais em detrimento dos interesses pessoais. E, diante dessa falha legislativa, não corrigida desde a entrada em vigor do Código Civil até a presente data, coube então ao Poder Judiciário a interpretação acerca da validade da norma em comento, visto que em 30/09/2022, o STF reconheceu repercussão geral no recurso extraordinário com agravo n.º 1.309.642/SP (Tema n.º 1.236), em julgamento que recebeu a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REGIME DE BENS APLICÁVEL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DE MAIORES DE SETENTA ANOS.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis.

2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida.

(ARE 1309642 RG, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Julgado em 30/09/2022, Processo Eletrônico. DJe-041, Publicação: 06/03/2023).

O resultado do julgamento do recurso cumprirá ainda dupla finalidade na análise da validade ou não da disposição normativa contida no Art. 1.641, II, do Código Civil, visto que ela suscita tanto a legalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos em relação ao casamento, quanto, a aplicação por analogia dessa regra as uniões estáveis.

Portanto, dentro desse panorama de constitucionalização do direito privado, instrumentalidade solidária, direitos e deveres e, o agir recíproco entre o Estado e

cidadãos, vê-se que o princípio da solidariedade tem amplo campo de atuação e influência dentro das entidades familiares, justificando-se assim a sua utilização como forma de analisar a validade da norma trazida pelo Art. 1.641, inciso II do Código Civil, fazendo-a de acordo com os demais elementos apontados alhures.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do todo exposto alhures, viu-se a definição e as espécies de regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a regra geral a liberdade de escolha pelas regras que melhor convierem aos nubentes e havendo somente uma categoria que é instituída compulsoriamente pela legislação, no caso, o regime de separação obrigatória de bens. Dentro dessa condição imposta pela norma, verificou-se quais são os exemplos de situações em que a lei determina os noivos a contraírem núpcias pelo regime de separação obrigatória de bens – estando entre elas as pessoas maiores de setenta anos – e, apontou-se quais são os fundamentos que justificam tal *ratio* normativa, sendo um deles, principalmente, a proteção patrimonial dos futuros cônjuges ou eventuais herdeiros.

Assim, a precípua razão de ser do Art. 1.641, inciso II, do Código Civil é impedir uma eventual comunicabilidade patrimonial da pessoa maior de setenta anos e seu futuro cônjuge, retirando-lhe a plena capacidade de dispor livremente sob todos os atos civis de sua vida, protegendo-o de uma eventual relação conjugal pautada apenas no interesse econômico do outro nubente, eis que nesse contexto, inexistiria uma relação fundada na afetividade. Nesses esteios, a intenção legislativa seria, em suma, tutelar - no sentido de proteger e evitar possível vilipêndio - o direito de propriedade das pessoas idosas maiores de setenta anos, bem como, garantir o provável direito à herança dos herdeiros legais desses cidadãos.

Na sequência, verificando-se que a imposição legal acerca da compulsoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos ocorre em virtude do atingimento de determinada idade, buscou-se apresentar a existência de outras limitações no ordenamento jurídico em razão da idade, visto que ela apresenta um entrave a plena capacidade para os atos da vida civil dessas pessoas. Foi apurado que não existe qualquer outro impedimento normativo em razão do alcance de determinada idade, apenas ocorrendo eventual perda ou intervenção na aptidão de

gestão dos ritos cíveis por decisão judicial - que declara a curatela do cidadão - ou em face da eleição de apoiadores auxiliem o idoso em suas decisões.

Portanto, a limitação a autonomia das pessoas maiores de setenta somente ocorre no tocante a escolha do regime de bens em caso de núpcias, podendo ela desempenhar com liberdade todos os demais atos da vida civil, tais como comprar, vender, doar ou deixar testamento em relação a seus bens, abrir uma empresa, registrar filhos (biológicos/adotivos/socioafetivos), entre outros.

Viu-se posteriormente que as famílias modernas estão lastreadas por princípios constitucionais basilares, sendo os principais deles a dignidade da pessoa humana, a liberdade, o livre planejamento familiar, a autonomia/menor intervenção estatal, a igualdade e a afetividade. Tais preceitos fizeram com que as entidades familiares hodiernas sofressem uma ressignificação em seu tradicional papel de outrora, relegando as questões de cunho eminentemente patrimonial, o patriarcalismo e o engessamento legal, moral e ético, para serem espaços de afeto, de autonomia, de respeito, de equidade, de pluralidade e de mínima ingerência pelo Estado, buscando concretizar a plena dignidade de seus membros.

Em fecho, observou-se a origem e conceituação do princípio constitucional da solidariedade, como ele é trazido para o ordenamento jurídico brasileiro no intuito de subsidiar a busca por uma sociedade justa e igualitária, operando como meio no alcance da dignidade da pessoa humana e de acesso aos direitos sociais, sendo um direito e um dever de todos – Estado e cidadão – na construção de um espaço social sadio. Por suas características, a solidariedade torna-se um elemento que ajuda a superar a antiga dicotomia entre direito público *versus* direito privado - que deu origem a constitucionalização do direito privado -, servindo de amparo na análise das relações familiares, sejam elas no plano vertical (Estado x cidadãos) ou no plano horizontal (cidadãos x cidadãos), precisamente, para verificar se elas dignificam as pessoas e conferem justiça e igualdade nas relações.

Por conseguinte, e contrastando o aquilo apresentado, tem-se que a presunção normativa dada pelo Art. 1.641, inciso II, do Código Civil, que conduz de maneira absoluta os maiores de setenta anos a uma mácula em sua plena capacidade civil, não podendo decidir livremente sobre o regime de bens que melhor lhes aprouver, aplicando-se tal entendimento tanto ao casamento, quanto à união estável, tem-se que tal regra intercede diretamente na autonomia dessas pessoas, a qual, por sua vez, abrange o âmago do sentido de dignidade humana. Salienta-se ainda que a

justificativa legal não é plausível, visto que ela busca ofertar garantia ao direito de propriedade, no espectro do próprio cidadão impedido de livremente escolher seu regime de bens, assim como de seus eventuais herdeiros.

Na mesma toada, observando-se tal impedimento pela lume dos princípios constitucionais atinentes ao direito de família, tem-se que a previsão legal do inciso II do Art. 1.641 do Código Civil fere de morte a liberdade/livre planejamento familiar/autonomia/menor intervenção estatal por restringir um ato que em regra é de escolha das pessoas e que não compete ao Estado intervir, a igualdade em comparação as demais pessoas em plena capacidade civil e a afetividade, por não valorar a ressignificação que ela deu as entidades familiares, por não permitir que ela se desvele em sua totalidade e presumir que os relacionamentos com/entre maiores inexista afeto verdadeiro.

E, pela ótica do princípio constitucional da solidariedade, tem-se uma intervenção estatal (relação Estado x cidadão) que não atinge um objetivo claro e que não traz justiça social às pessoas envolvidas, visto que presume uma absoluta incapacidade para as pessoas maiores de setenta anos no tocante, apenas, a sua vontade de contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor se coadunar com seus interesses, estendendo ainda seus efeitos – por meio do Poder Judiciário – às uniões estáveis. Portanto, pelo viés do princípio constitucional da solidariedade, a imposição do regime de separação obrigatória de bens no matrimônio as pessoas maiores de setenta anos representa, tanto um ato discriminatório, quanto atentatório a dignidade dos nubentes nessa faixa etária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 10.741, 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2022].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. **Lei 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.299.964/DF**. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Regime da separação legal de bens [...]. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 06 nov. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88661750&num_registro=201801256296&data=20181122&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642/SP (Repercussão Geral Tema 1.236)**. Direito Constitucional. Recurso extraordinário com agravo. Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos [...]. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 30 set. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral12922/false>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 878.694/MG (Repercussão Geral Tema 809)**. Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros [...]. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 10 Maio 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 26 jul. 2023.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Ixtlan, 2014.

COSTA, Renata Pereira Carvalho. A (in)constitucionalidade material da imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 14, n. 2165, 05 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12908>. Acesso em: 26 jul. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2022.

FACHIN, Luis Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família na Prática: comentado artigo por artigo**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm. 2018. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FARIAS, José Norberto de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico, **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 5.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2010.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Luís Fernando Lopes de. **Direito de Família e Princípio da Solidariedade: o princípio constitucional da solidariedade como direito fundamental e a sua incidência nas relações familiares**. Curitiba: Juruá, 2014.

OTERO, Marcelo Truzzi. A separação legal de bens para os sexagenários ou quinquagenários: uma afronta à dignidade da pessoa humana. **Síntese Jornal**, Porto Alegre, ano 4, v. 51, p. 10-12, maio 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REIS, Jorge Renato dos. A solidariedade como instrumento de concretização da dignidade humana em obediência ao processo de constitucionalização do direito privado, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado derivadas do constitucionalismo contemporâneo: o processo de desjudicialização para fins de concretização da dignidade de algumas situações não abrangidas pela legislação codificada. *In*: SILVEIRA, A.; CANO, C. A.; LEAL, R. G. (coord.) **VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Braga: Pensamento Sábio, 2022. p. 64-70.

REIS, Jorge Renato dos. A Constitucionalização do Direito Privado e o Novo Código Civil. *In*: LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. Tomo 3.

REIS, Jorge Renato dos; QUINTANA, Júlia Gonçalves. O princípio da solidariedade como meio de realização do macro princípio da dignidade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 10, n. 1, p. 223–242, 2018. DOI: 10.21680/1982-310X.2017v10n1ID13470. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/13470>. Acesso em: 26 jul. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019.

VELOSO, Zeno. Casal quer afastar súmula 377. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, mar. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1201/Casal+quer+afastar+s%C3%BAmula+377>. Acesso em: 26 jul. 2023.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. A compreensão dos preconceitos no Direito de Família pela hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 5-25, out./nov. 2006.