



*Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

## **COMISSÃO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**

**RELATOR: DR. PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**

**EMENTA:** PROJETO DE LEI Nº 189/2015. SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA DE BENS. DIREITO PATRIMONIAL. DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA. LIVRE INICIATIVA. VEDAÇÃO A QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ETÁRIA. ISONOMIA SUBSTANCIAL. PROTEÇÃO INTEGRAL, PRIORIDADE ABSOLUTA E MELHOR INTERESSE DO IDOSO. ARTS. 1º III, IV; 3º, IV; 5º, CAPUT, 170, 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. POLÍTICA NACIONAL DA PESSOA IDOSA. ESTATUTO DO IDOSO. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO PL ANALISADO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ART. 1641, II, CC/2002. ARE nº 1.309.642/SP. REPERCUSSÃO GERAL. STF. AMICUS CURIAE.

### **I – DO PEDIDO E DA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 189/2015**

Solicita-nos o Instituto dos Advogados Brasileiros, em atenção à Indicação, levada a efeito pelo Consócio Luiz Paulo Vieira de Carvalho, presidente da Comissão de Direito das Famílias e Sucessões do IAB, parecer sobre a aplicabilidade do Projeto de Lei (PL) nº 189/2015 em nosso ordenamento jurídico função essa que concordamos imediatamente em impulsionar.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (01) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

O presente parecer tratará do regime de bens que é imposta a pessoa com mais de 70 anos nas entidades familiares (casamento ou união estável), da proteção constitucional, legal e principiológica da pessoa idosa e do exame desses dois à luz das normas magnas da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), da livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput*, CR), da isonomia substancial (art. 5º, *caput*, CR), da vedação a qualquer tipo de discriminação etária (art. 3º, IV, CR), do art. 230, *caput*, da Lei Máxima que trata do dever de agasalhar a dignidade, o bem estar e a vida das pessoas idosas.

Em igual proceder, passaremos em revista aquelas regras em respeito ao próprio Código Civil de 2002, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), notadamente os arts. 2º, 3º, 4º e 10 que versam, respectivamente, sobre a dignidade da pessoa idosa, a proteção integral, a prioridade absoluta, o melhor interesse da pessoa idosa e o seu direito a ser respeitada, bem como aos arts. 3º, I e 10, § 1º da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) que permite ao idoso dispor do seu patrimônio como lhe contentar.

Após examinarmos o Projeto de Lei, passamos a responder.

Com isso precisamos tratar do Projeto de Lei nº 189/2015 de autoria do Deputado Federal Cleber Verde que deseja exatamente revogar o art. 1641, II do Código Civil. Por isso para entendermos o nosso objeto de estudo apresentaremos a íntegra desse PL e um resumo das suas razões, *in verbis*:

**Art. 1º Fica revogado o inciso II, do art. 1.641 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, com redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.**

Art.2º Faculta-se àqueles que se casarem sobre a vigência da lei anterior, a possibilidade de alteração do regime de bens nos termos do art. 1.639, § 2º da Lei nº 10.406 de janeiro de 2002. (Grifos nossos).

Os argumentos elencados por esse congressista que sintetizamos aqui é a liberdade privada, caráter plural do Direito das Famílias, a presunção equivocada de incapacidade da pessoa idosa, dignidade da pessoa humana, vedação a qualquer forma de discriminação, isonomia substancial ou material e a incompatibilidade com outros dispositivos do Código Civil de 2002. Seleccionamos trechos dessas justificativas para que possamos vislumbrar a motivação desse parlamentar:

Elemento máximo do direito privado, a liberdade permeia todo o ordenamento civil brasileiro, possibilitando a todos manifestar sua vontade quando esta for necessária para a obtenção de efeitos jurídicos que estejam previstos em nosso mundo jurídico”.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

[...]

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

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

Nesse compasso, impera que apresentemos também outro fragmento da proposta de mudança idealizada por esse Deputado Federal:

Se o contexto familiar se funda em dignidade da pessoa humana, solidariedade, respeito de seus entes para estabelecerem e desfrutarem de uma vida em comunhão, não seria um retrocesso praticado pelo legislador continuar com a obrigatoriedade do regime de separação de bens nos casos do artigo 1.641, II do Código Civil, ignorando todo o processo de personalização do Direito de Família. [...]

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu art. 1º, III que um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito é a Dignidade da Pessoa Humana. Esse princípio, considerado em sua essência, seria inerente ao ser humano e se revelaria como a condição mínima de uma existência digna. Além disso, um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é reprimir qualquer forma de discriminação, seja ela em razão de raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra modalidade de discriminação, conforme se depreende do art. 3º, IV da CR/88.

Em síntese, são essas as principais colocações do autor do presente Projeto de Lei, sendo interessante salientar a conclusão desse PL: *“Destarte, por todos os argumentos expostos, acredita-se que o dispositivo legal combatido deve ser revogado, de forma a apagar qualquer vestígio de discriminação, pois ao Direito cabe o papel de conceder a todos, de forma igualitária, as garantias legais previstas”*.

## **II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA**

### **II. I – DOS REGIMES DE BENS E DA SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA PARA PESSOAS IDOSAS ACIMA DE 70 ANOS**

A escolha do regime de bens é requisito essencial e obrigatório para que os cônjuges ou companheiros possam casar ou constituir união estável, sendo que em nosso ordenamento jurídico existem quatro regimes nominados (comunhão total, comunhão parcial, separação total



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

e participação final nos aquestos), além da possibilidade de as partes criarem um regime que lhes aprouver desde que não haja ofensa às normas de ordem pública. Vale elucidar que se nada for dito ou se não houver pacto prévio à entidade familiar a Lei determina que o regime escolhido será a comunhão parcial de bens.

Pode-se esclarecer que a regra do Código Civil de 2002 é o princípio da livre estipulação, salvo as hipóteses do art. 1641, CC, sendo que as mesmas normas devem reger o casal em apreço ao princípio da indivisibilidade do regime de bens e às normas da igualdade, sem contar que se admite a mutabilidade justificada do regime desde que seja feito por demanda judicial, haja consenso entre o casal, justo motivo, e ausência de prejuízo a terceiros.

Desse modo, podemos falar que o regime de bens tem elevado vulto prático para o casamento ou união estável porque a partir daí se poderá alcançar as obrigações do casal ou de uma das partes durante a convivência mútua, como por exemplo, a outorga uxória/marital, prestação de fiança ou aval, em caso de divórcio para calcular possível meação e até mesmo em eventual sucessão, porquanto a participação no quinhão hereditário está associado, na forma do art. 1829, I, CC, ao regime de bens que guiava o par. Com essas premissas sobre o regime de bens estabelecidas podemos tratar do art. 1641, II, CC que é o dispositivo legal de maior interesse para nosso escrito, *in verbis*:

**É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:**

II – **da pessoa maior de 70 (setenta) anos;** (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)”  
(Grifos nossos).

Quanto a esse dispositivo podemos fazer um breve esboço histórico. Sob o manto do Código Civil de 1916 havia previsão no art. 258, III que determinava a separação legal obrigatória para homens que tinham mais de 60 anos e mulheres com mais de 50 anos. Essa regra no Código de 2002 foi reinserida em parte pelo art. 1641, II para que homens e mulheres fossem equiparados em 60 anos. Após muitas críticas doutrinárias a Lei nº 12.344/2010 aumentou esse patamar para 70 anos.

A jurisprudência desde a vigência do Código Civil de Bevilacqua já atenta com eventuais distorções que essa regra da separação legal obrigatória poderia gerar editou a Súmula nº 377 de autoria do Supremo Tribunal Federal que mitigava o rigor do art. 258 do CC/1916 e



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

posteriormente do art. 1641, II, CC/2002: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Em suma, essa foi o rápido panorama nessa matéria do direito patrimonial aplicado às entidades familiares e a sua correlação com o regime de separação legal obrigatória de bens. Desse jeito, trataremos da pessoa idosa e dos comentários sobre o art. 1641, II CC/2002.

### **II.2 – DA PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA À LUZ DE PRECEITOS REAIS E EFETIVOS**

A pessoa idosa tem hoje grande importância demográfica como demonstra o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>1</sup> (IBGE) que no Censo de 2010 alinhavou a tendência de que os idosos estão em franco crescimento e de que há redução no número de jovens, destacando ainda que em futuro próximo o fenômeno do envelhecimento da população brasileira se acentuará significativamente.

Para demonstrar que essa tendência não é só nacional, mas mundial podemos expor as projeções que a Organização das Nações Unidas<sup>2</sup> (ONU) têm para o ano 2050 ao dizer que a população mundial terá 21% de idosos, ou seja, a cada 5 pessoas 1 será idosa.

Vale ainda ungir que se optou por se referir ao público desse estudo como pessoa idosa (*personnes âgées*, em francês e *personas mayores*, em espanhol), tendo em vista que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU assim se refere às pessoas com idade avançada e da mesma forma nos reportaremos também ao termo idoso, porque é assim que o Estatuto do Idoso ou EI assim os nomeia.

Com essa exordial estabelecida do vulto estatístico e dos informes terminológicos, devemos salientar que estamos diante de um grupo social que merece tutela especial e para isso

---

<sup>1</sup> Acesso no dia 11 de junho de 2018 m na página: <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>

<sup>2</sup> Acesso no dia 11 de junho de 2018 no página: <https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-idosas/>



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

nos apoiamos nas palavras de Heloisa Helena Barboza<sup>3</sup> que indica o caminho que devemos seguir para que possamos nos enveredar nesse assunto com mais propriedade:

**O idoso se encontra no grupo dos que têm a vulnerabilidade potencializada**, inscrevendo-se para fins de elaboração e aplicação das leis, na **categoria dos vulneráveis**, ou seja, daqueles se encontram, por força de contingências, em situação de **desigualdade**, devendo ser **discriminado positivamente** para resguardo da sua dignidade. (Grifos nossos).

Por conseguinte, como se nota devemos tratar a pessoa idosa com cuidado e zelo, consagrando-lhe proteção positiva e efetiva, todavia, isso não implica que devemos conduzir o assunto com vitimização, presumindo que a pessoa idosa seja desprovida de intelecto apenas por essa condição.

Dessa forma, a nossa meta é promover uma tutela interessada na proteção real alicerçados na Constituição, na Política Nacional do Idoso, no Estatuto do Idoso e nos princípios notáveis da proteção integral, prioridade absoluta e melhor interesse da pessoa idosa. Com isso podemos declamar que nossa atenção estará não em concepções preconceituosas que renegam ao idoso certa inferioridade somente por sua idade.

A proteção integral, a prioridade absoluta e o melhor interesse são princípios basilares do Direito do Idoso retirados da interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 10.741/2003. Vale salientar que esses princípios são corolários da dignidade da pessoa humana, derivando todos do art. 1º, III da Constituição, do art. 3º, I, da Lei nº 8.842/1994 e do art. 2º do Estatuto do Idoso que são as referências mor de nosso exame. Dessa forma, apresentaremos essa tríade basilar para que possamos melhor compreender esse assunto.

A proteção integral é a salvaguarda dos direitos da pessoa idosa que na mais abalizada visão deve ser o mais dilatada possível, englobando o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária nos moldes do princípio de hermenêutica da máxima efetividade. Contudo, sabemos que a mera inscrição em Leis não assegura o usufruto desses direitos e por ser uma espécie de proteção global não poderíamos nos contentar com pouco.

---

<sup>3</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro, 2008.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

Sendo assim, a Política Nacional do Idoso, as entidades de acolhimento do idoso, as medidas protetivas, os crimes contra a pessoa idosa, o acesso à justiça que pode se dar por meio do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia e das Delegacias de Proteção ao Idoso são instrumentos imprescindíveis.

Além disso, podemos ainda tratar da prioridade absoluta que orienta o gestor público e privado, o operador do direito e outros personagens sociais a conferir tratamento primacial devido à prioridade absoluta como pontua Marcos Ramayana<sup>4</sup> tendo em vista que o idoso é um grupo em situação de vulnerabilidade na linha do art. 3º, § 1º e incisos do Estatuto do Idoso o que determina o atendimento preferencial em todas as instituições públicas e privadas, primazia em políticas sociais, destinação privilegiada de recursos e a prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda, em lista exemplificativa.

O princípio do melhor interesse deve ser lido consoante a autonomia privada e a livre iniciativa que embora não esteja expresso no Estatuto do Idoso pode ser extraído de todo o EI e mais especificamente dos arts. 2º, 3º e 4º que preveem dentre vários caminhos que a Lei deve servir aos propósitos do idoso e não de outras pessoas.

Dessa forma, acreditamos que o objeto desse texto se encaixa como uma luva no melhor interesse, porquanto como demonstraremos a seguir a separação legal obrigatória não é um instrumento que necessariamente está a serviço do idoso, mas de uma suposta proteção que na verdade se consubstancia em protecionismo exacerbado, individualismo, patrimonialismo e de que o idoso estaria mais sujeito a ser vítima de uma entidade familiar oportunista do que uma pessoa com menos de 70 anos.

Com essas preliminares ditas podemos avançar no plano internacional e para pontuar que o fenômeno de proteção da pessoa idosa começou de forma mais robusta com o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

**Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança, **em caso de** desemprego, doença, invalidez, viuvez, **velhice** ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (Grifos nossos).

---

<sup>4</sup> RAMAYANA, Marcos. Estatuto do Idoso Comentado, Rio de Janeiro, Roma Victor, 2004, p. 17.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (01) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

Fluxo contínuo, ainda impera que cuidemos dos documentos internacionais da ONU que versaram sobre a pessoa idosa, com isso podemos listar: a) o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento de 1982, b) os Princípios das Nações Unidas em Favor das Pessoas Idosas de 1991 (Resolução nº 46/91), c) a Proclamação do Envelhecimento de 1992 e d) o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid de 2002. Nesse último vale a pena sublinhar o Tema 6: “*Idosos e Incapacidades*” e o seu respectivo objetivo 1 que trata da “*Manutenção de máxima Capacidade Funcional Durante Toda a Vida das Pessoas Idosas*”.

Na esfera interamericana assinalamos que inexistente uma Convenção Interamericana de Direitos da Pessoa Idosa, ainda que vários atores jurídicos de peso demandem esse diploma internacional, sendo que o que mais se aproxima disso é a Declaração de Brasília de 2007 que foi fruto da Segunda Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe que foi muito feliz em sua redação, visto que exorta os Estados da América Central e do Sul a uma maior dedicação às pessoas idosas e a sua continuação o Pacto de São Jose sobre os Direitos dos Idosos de 2013.

Na Constituição, por sua vez, a pessoa idosa é estudada de forma espalhada dentro da Lei Máxima, sendo que podemos ver essa temática de forma direta ou indireta em vários dispositivos que versam sobre Direito do Trabalho, Direito Eleitoral, Previdência Social, Assistência Social, Direito das Famílias e de forma mais retilínea para esse texto podemos tratar especificamente dos arts. 1º, III e IV; 3º, I; 5º, *caput*, 170, *caput*, e 230 que cuidam, nessa ordem, da dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, vedação a qualquer discriminação negativa etária, isonomia substancial e do amparo da pessoa idosa e a defesa da sua dignidade.

Na senda infraconstitucional a pessoa idosa em nosso ordenamento jurídico começou a ser melhor delineada com a Política Nacional do Idoso (PNI) que foi normatizada pela Lei nº 8.842/1994 e o seu Decreto nº 1.948/1996 que devem ser considerados um avanço nessa seara. Desse jeito, vale trazer os casos mais significativos desse ato normativo que foi a obrigação de que cada Ministério do Executivo Federal elaborasse a sua proposta orçamentária objetivando a promoção de programas voltados para a pessoa idosa o que está em harmonia com a sua prioridade absoluta.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

Em seguida o Estatuto do Idoso surgiu como fundamento legal de potência da pessoa idosa, positivando uma série de Direitos para esse grupo social com idade superior a 60 anos. Nessa esteira esse ato normativo é valioso por corroborar, de pronto, os direitos: à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Em igual significância está o art. 4º do Estatuto que é irrepreensível:

**Nenhum idoso 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. (Grifos nossos).

Outro ato normativo de importância digno de nota é o Programa Nacional de Direitos Humanos-3 instituído pelo Decreto Federal nº 7.037/2009 e atualizado pelo Decreto Federal nº 7.177/2010 que na Garantia 10 intitulada “*Garantia da Igualdade na Diversidade*” tem dentro do seu corpo o Objetivo Estratégico nº III que cuida da “*Promoção da Pessoa Idosa e de sua Participação na Sociedade*”.

Em recapitulação, podemos enunciar que o idoso é uma pessoa em situação de vulnerabilidade, porém, não é incapaz, sendo essa matéria norteada pelos princípios cardeais da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse e dos escudos internacionais, constitucionais e legais que devem caminhar no sentido de ter abrigo efetivo, pautado em critérios reais e não em um suposto assistencialismo que parece estar em prol de outras pessoas que não os idosos.

### **II.III – DA INCOMPATIBILIDADE DA SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA DAS PESSOAS IDOSAS ACIMA DE 70 ANOS COM O SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO E DA SUA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

Em vista de tudo que foi exposto até aqui chegamos ao derradeiro tópico de nossas linhas para chancelar que o instituto da separação legal obrigatória para pessoas idosas acima de 70 anos normatizado no art. 1641, II do CC é a) incompatível com outros dispositivos do Código Civil/2002, do Estatuto do Idoso e da Política Nacional do Idoso e b) inconstitucional



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (01) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

por violar uma série de normas constitucionais, sem contar que é incongruente com princípios precípuos da pessoa idosa que estão implícitos na dignidade da pessoa humana.

a) A primeira crítica que fazemos ao art. 1641, II é o fato dele desconsiderar o exercício pleno da capacidade de fato que é a regra retirada dos arts. 2º e 3º do CC, até que haja prova em contrário e nisso Francisco Amaral<sup>5</sup> esclarece quanto às capacidades, bem como quanto à idade avançada não constituir causa de incapacidade relativa, tampouco absoluta: “A *velhice, a surdez, a mudez, a cegueira e a ausência não são causas de incapacidade, salvo se impeditivas da manifestação de vontade do agente.*” (Grifos Nossos).

Com esse pensar, Fabiana Barletta<sup>6</sup> sinaliza que a idade avançada, por si só, a despeito de ser uma causa de fragilidade, não extrai da pessoa idosa a sua capacidade de fato sendo imprescindível que haja coisa julgada para que se diga que há perda dessa capacidade:

**Se a vulnerabilidade da pessoa idosa** demanda tutela especial no que concerne não só a sua saúde, mas também no que toca a outros direitos fundamentais, **ela não tem o condão de subtrair a capacidade de fato dessa pessoa**, nem de tomar seus direitos da personalidade. Ainda que doente, se a moléstia do ancião não lhe retira a consciência, obviamente, ele permanece livre, na forma do disposto no art. 10 do Estatuto do Idoso. (Grifos nossos).

Caio Mário da Silva Pereira<sup>7</sup> nessa mesma esteira reforça o dado de que não importa a idade, pois o que realmente importa é a capacidade de fato que não é medida pela idade, demandando análise médica aprofundada:

**A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato**, porque/ não se deve considerar equivalente a um estado psicopático, por maior que seja a longevidade; Dar-se-á a interdição se a senectude vier a gerar um estado patológico, como a arteriosclerose ou a doença de Alzheimer, de que resulte o prejuízo das faculdades mentais. **Em tal caso, a incapacidade será o resultado do estado psíquico e não da velhice.** (Grifos nossos).

Pode-se ainda trazer à baila o Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) que tinha o fito de revogar o dispositivo 1641, II, CC/2002, sendo que a justificativa é brilhante ao qual concordamos:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. **Também mantém um preconceito**

<sup>5</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil-Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 267.

<sup>6</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36/37.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, v. 1, 20 edª, Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 279.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

**quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (Grifos nossos).**

De mais a mais, além de ser uma contradição em termos com o próprio Código Civil existem paradoxos com outros diplomas legais, dentre eles podemos elencar o antagonismo em relação ao Estatuto do Idoso, especificamente o art. 10, § 2º do EI que cuida do direito ao respeito: “***O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais***”.

Com a mesma inteligência está o auspicioso art. 10, § 1º da Lei nº 8.842/1994 que é cabal que prevenir que cabe à pessoa idosa a administração dos seus bens: “***É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada***”. (Grifos nossos)

Outro fato que atenta contra a higidez do art. 1641, II é o considerando levantado por Antônio Carlos Mathias Contro<sup>8</sup> de que o Código estaria presumindo a má fé da pessoa que está casando com a pessoa com mais de 70 anos, fato que atenta contra os cânones estabelecidos pela Lei Civil que é justamente o oposto de que se deve ter preliminarmente boa fé, visto que um dos pilares do CC é justamente a eticidade:

É considerada pelo Código Civil uma pessoa capaz de ser vítima de aventureiros, portanto, justificam tal restrição como de caráter protetivo, com o propósito de obstar o casamento exclusivamente com interesse econômico.

Por consequência, podemos continuar em nossa apresentação para afirmar que o fato de a pessoa ser idosa, por si só, apenas pela idade avançada superior a 70 anos, não pode ser considerado como discrimen suficiente para desaguar na vedação ao exercício da sua autonomia privada e livre iniciativa, uma vez que a leitura comezinha dos arts. 2º e 3º do Código Civil de 2002, do art. 10, § 2º Estatuto do Idoso e do art. 10, § 1º da Política Nacional do Idoso não ensejam ao operador do direito permitir que esse critério execrável persista em nosso sistema

---

<sup>8</sup> CONTRO, Antônio Carlos Mathias. Casamento, o Regime Etário Obrigatório e a União Estável: A Inconstitucionalidade à inaplicabilidade. In: Atualidade de Direito de Família e Sucessões. São Paulo. Notadez, 2008, p. 41.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (01) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

jurídico, sem contar que parte ele da premissa que todas as pessoas que se unem a pessoas maiores de 70 anos estão de má fé.

b) Ademais, podemos ainda acompanhar Tânia da Silva Pereira<sup>9</sup> que defende a insustentabilidade dessa regra da separação legal por afrontar o tecido principiológico constitucional e do Estatuto do Idoso. Com isso dito podemos nos lembrar da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse: “*A nosso ver, a utilização do critério etário para a determinação coercitiva do regime da separação de bens não se justifica no contexto principiológico da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso*”. (Grifos Nossos). Carolina Campos e Maria Valadares<sup>10</sup> reforçam o nosso flanco com os seguintes dizeres:

**Tendo em vista a liberdade e a autonomia privada**, chegamos ao foco da discussão: o artigo 1641, inciso II do Código Civil limitou a **autonomia privada dos idosos sem nenhuma justificativa plausível** ou convincente, sendo, assim, considerando uma norma restritiva de direito, a qual devemos clamar por sua revogação. (Grifos nossos).

Maria Berenice Dias<sup>11</sup> também cerra fileiras com a incompatibilidade da separação legal obrigatória da pessoa acima de 70 anos com o Estatuto do Idoso:

Das hipóteses em que a Lei determina o regime de separação obrigatória de bens, a mais desarrazoada é a que impõe tal sanção aos nubentes maiores de 70 anos (CC. 1641, II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir uma precaução (norma protetiva), se constitui em verdadeira sanção.

Gustavo Tepedino<sup>12</sup> em indicação clara de inconstitucionalidade do art. 1641, II, CC/2002 observa que: “*De fato o dispositivo legal estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal ao princípio da igualdade positivado no art. 5º caput, da Carta Constitucional. Daí a crítica veemente da doutrina desde a promulgação do Código Civil*”.

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos Idosos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 362.

<sup>10</sup> CAMPOS, Carolina Lopes Cançado e VALADARES, Maria Goreth Macedo. A Autonomia Privada e o Regime Obrigatório de Bens para Maiores de Sessenta Anos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVEZ, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.) Direito Civil: Atualidades II, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 123.

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

<sup>12</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 493.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tel.: (01) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

(Grifos Nossos). Leonardo Barreto Moreira Alves<sup>13</sup> nesse caminhar reforça que há inconsistente diante da livre iniciativa consoante o art. 1º, IV da Constituição da República:

**Não havendo, portanto, qualquer justificativa plausível** para a limitação aqui analisada, ou, em outros termos, considerando que a presente intervenção do Estado no campo familiar **não promove qualquer direito fundamental** dos seus componentes, chega-se a inarredável conclusão de que o art. 1641, inciso II do Código Civil fere a autonomia privada, devendo ser, pois, afastado”. (Grifos nossos).

Fabiana Barletta<sup>14</sup> defende que há evidente inconstitucionalidade, ou seja, desalinho hierárquico com a Constituição, mormente, o art. 3º, IV, CR que proíbe qualquer tipo de discriminação negativa etária, outrossim, aviltamento do campo principiológico:

Nesse caso, inclusive a normativa constitucional, hierarquicamente superior, que institui, como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de idade, na forma do **art. 3º, inciso IV, tornando o art. 1641, inciso II do Código Civil inválido, posto que inconstitucional**. [...]

Considera-se, pois, que a regra do inciso II do art. 1641 do Código Civil é inválida e ineficaz, por contrariar princípio extraído do Estatuto do Idoso que reflete por todo o ordenamento jurídico, onde quer que esteja em xeque à proteção integral do idoso e pela sua patente inconstitucionalidade. (Grifos nossos).

Maria Berenice Dias<sup>15</sup> arremata a questão dentro do aspecto constitucional para chancelar a inconstitucionalidade do art. 1641, II por ser ele violador da isonomia substancial (art. 5º, *caput*, CR) e livre iniciativa (art. 1º, IV, CR):

**A limitação além de odiosa é inconstitucional. Em face do direito à igualdade e à liberdade**, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil. [...]

A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao **cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade**, consagrados como direitos humanos fundamentais. (Grifos nossos).

A propósito, Luiz Paulo Vieira de Carvalho nos mostra:

Contudo, a par do já explicitado, particularmente somos daqueles que não concordam com a imposição legislativa do regime de bens em razão da idade, quando qualquer dos cônjuges vier a casar-se com mais de 70 anos (inciso II do art. 1.641 do CC), valendo registrar que existem acórdãos de importantes pretórios do país, bem como posicionamento doutrinário, absolutamente majoritário asseverando que a determinação do regime patrimonial do casamento em função da idade, na época estampada inicialmente no art. 258, inciso II, do

<sup>13</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Direito de Família Mínimo: A Possibilidade de Aplicação e o Campo de Incidência da Autonomia Privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 243.

<sup>14</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98/99.

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 376/377.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

**Código Civil de 1916, fere de morte os princípios constitucionais da igualdade substancial (art. 5º, *caput*, da CRFB), da proibição de qualquer discriminação por força de idade (art. 3º, inciso IV, da CRFB), bem como o valor maior da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB). (Grifos nossos).**

Na prateleira principiológica vemos que a proibição de a pessoa com mais de 70 anos se unir a alguém sob o regime de bens que lhe agrada infringe a prioridade absoluta, uma vez que está se colocando o idoso em plano secundário diante do seu patrimônio, ou seja, os bens seria mais importantes do que a livre iniciativa da pessoa idosa o que estaria em decalagem com o ser humano no epicentro dos epicentros<sup>16</sup>; a proteção integral, já que a defesa deve ser na medida certa, sob pena de na verdade criarmos uma pena e uma nova modalidade de morte civil em vez de protegermos efetivamente estaríamos punindo a idade avançada e o melhor interesse, visto que se está dando preferência a outras pessoas que não o idoso como, por exemplo, os filhos do idoso em eventual meação dele com o novo cônjuge ou companheiro.

Dessa maneira, é inconstitucional por ofender a dignidade da pessoa humana do idoso e seus desdobramentos principiológicos supracitados.

### **III – DA CONCLUSÃO**

Portanto, é preciso que seja superada a visão que associa o idoso a um ser doente ou ultrapassado para que se consiga observar a sua importância no contexto familiar e social. Assim, posiciona-nos a favor do Projeto de Lei nº 189 de 2015 de autoria do Deputado Federal Cleber Verde para revogar o art. 1641, II do Código Civil que se encontra arcaico em nosso contexto social devido a sua cizânia com os outros atos normativos e devido a sua estampada inconstitucionalidade material.

Em resumo, é nossa posição de que o art. 1641, II do Código Civil é inconstitucional por atacar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR), a livre iniciativa (arts. 1º, IV e 170, *caput*, CR), a isonomia substancial (art. 5º, *caput*, CR), a vedação a qualquer tipo de discriminação etária (art. 3º, IV, CR), o art. 230, *caput*, dignidade e bem estar das pessoas

---

<sup>16</sup> FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



## *Instituto dos Advogados Brasileiros*

*Av. Marechal Câmara, 210, 5º andar - 20020-030*

*Tels.: (011) 2240-3221/2240-3173*

*www.iabnacional.org.br*

*iab@iabnacional.org.br*

idosas, sem contar que fere o Código Civil, o Estatuto do Idoso e a principiologia da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da pessoa idosa.

Por fim, como o caso está na em evidência devido ao julgamento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e devido às finalidades institucionais do IAB serem compatíveis com o aperfeiçoamento da Justiça entende-se que há pertinência para que o Instituto dos Advogados Brasileiros possa participar como *amicus curiae* no ARE nº 1.309.642/SP que tramita no STF.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2022.

**PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**

**OAB/RJ nº 183.330**

**Membro da Comissão de Direito das Famílias e Sucessões do IAB**