



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MÁRCIA DE ALMEIDA FREIRES

**SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA NUBENTES MAIORES DE
SETENTA ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA A LUZ DOS PRINCÍPIOS E
DIREITOS FUNDAMENTAIS, PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988.**

SOUSA – PB
2023

MÁRCIA DE ALMEIDA FREIRES

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA NUBENTES MAIORES DE SETENTA ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA A LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS, PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Trabalho de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Francisco Paulino Da Silva Júnior

F866s

Freires, Márcia de Almeida.

Separação obrigatória de bens para nubentes maiores de setenta anos: uma análise normativa a luz dos princípios e direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988 / Márcia de Almeida Freires – Sousa, 2023.

50 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2023.

"Orientação: Prof. Dr. Francisco Paulino da Silva Júnior."

Referências.

1. Direito Constitucional - Idoso. 2. Regime de Bens - Idoso. 3. Direitos do Idoso. 4. Princípio da Liberdade. 5. Princípio da Isonomia. 6. Constituição Federal. 7. Isonomia. 8. Código Civil. I. Silva Júnior, Francisco Paulino da. II. Título.

CDU 342-053.9(043)

MÁRCIA DE ALMEIDA FREIRES

SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA NUBENTES MAIORES DE SETENTA ANOS: UMA ANÁLISE NORMATIVA A LUZ DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS, PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Monografia apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Francisco Paulino Da Silva Júnior

Data da aprovação: 06/11/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Francisco Paulino da Silva Júnior
Orientador

Prof. Me. Vanina Oliveira Ferreira
Membro(a) da Banca Examinadora

Prof. Dra. Rose Dayanne Santos de Brito
Membro(a) da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Ao meu Senhor, Justo e Soberano Deus, que detém sob o seu controle todas as coisas, por ter me permitido trilhar com serenidade o caminho necessário até a conclusão desta graduação.

Aos meus pais, Francisco (in memoriam) e Socorro, que sempre foram a minha maior motivação para buscar os meus sonhos. De modo especial, a minha mãe que sempre me ensinou sobre o valor da educação e seu poder de transformar vidas. Com ela eu aprendi que com esforço, disciplina e responsabilidade é possível alcançar os nossos maiores objetivos.

A minha tia Noé (in memoriam), por ter me acolhido em sua residência durante os primeiros anos da graduação, quando precisei sair do seio de minha família, que reside na zona rural, para que fosse possível iniciar a graduação em outra cidade. Não há dúvida de que foi determinante para que alcançasse a conclusão deste bacharelado.

Aos amigos e familiares, pelas palavras de incentivo e apoio que a mim dedicaram nos momentos de fragilidade. De modo especial, a minha prima Aldicelia, com quem compartilho o dia a dia e sempre dividi os sabores e dissabores da graduação e da vida.

Ao escritório Thyago Dantas Advocacia, na pessoa de seu idealizador Thyago, os advogados, Thaíse, Quezzia e Arthur, e os colegas estagiários, Igor e Isabelly, com quem desde o segundo período da graduação tive oportunidade de vivenciar experiências marcantes na advocacia, me proporcionando conhecimento e contribuindo com relevância para minha formação profissional.

Ao meu professor e orientador, Paulino Júnior, que na reta final da graduação compartilhou com maestria de seus conhecimentos, possibilitando a realização deste trabalho.

Aos meus amigos e companheiros de graduação, Alyne, Filipe, Mikaelly, Terezinha e Yohana, com quem dividi os melhores e mais delicados momentos da formação acadêmica. Com eles, o percurso tornou-se mais leve e os frutos mais saborosos. Que Deus nos conduza, por onde for necessário e que nos capacite e fortaleça na jornada em busca dos nossos sonhos.

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito, fundado em uma postura garantista fundamentada na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na isonomia entre os cidadãos, princípios estes que são de fundamental importância para a construção de uma sociedade justa e sem preconceitos entre seus indivíduos. A nova ordem constitucional provocou transformações em toda a legislação brasileira. Tais inovações refletiram no Código Civil de 2002, todavia, o Artigo 1.641, II, do referido diploma, ao impor a obrigatoriedade do regime de separação de bens para nubentes maiores de setenta anos, tem provocado intensas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, questionando-se a constitucionalidade de tal norma. De um lado, a norma seria inconstitucional por afrontar o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, violando também a autonomia individual do idoso. De outra parte, defende-se a constitucionalidade do dispositivo, em observância ao caráter protecionista no que tange aos direitos e interesses dos septuagenários. Diante da controvérsia, o presente estudo vislumbrou uma análise da referida norma sob a óptica constitucional. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma abordagem geral para a temática específica delineada, empregando-se também o procedimento bibliográfico e documental como técnica a nortear a presente pesquisa.

Palavras-chave: Regime de bens; Princípios; Constituição; Idoso.

ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988, the Democratic State of Law was established, founded on a guarantor stance based on the dignity of the human person, freedom and equality among citizens, principles that are of fundamental importance for the construction of a fair society without prejudice among its individuals. The new constitutional order caused changes in all Brazilian legislation. Such innovations were reflected in the Civil Code of 2002, however, Article 1,641, II, of the aforementioned diploma, by imposing the mandatory separation of assets regime for spouses over seventy years of age, has provoked intense discussions in the doctrinal and jurisprudential spheres, questioning it whether the constitutionality of such a norm. On the one hand, the rule would be unconstitutional because it violates the principle of equality and the dignity of the human person, also violating the individual autonomy of the elderly. On the other hand, the constitutionality of the device is defended, in compliance with the protectionist nature regarding the rights and interests of septuagenarians. In light of the controversy, the present study envisioned an analysis of the aforementioned norm from a constitutional perspective. To this end, the deductive method was used, starting from a general approach to the specific theme outlined, also using the bibliographic and documentary procedure as a technique to guide this research.

Keywords: Asset regime; Principles; Constitution; Elderly.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

OMS – Organização Mundial de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DO CASAMENTO E DOS REGIMES DE BENS	12
2.1 ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO CASAMENTO	12
2.2 CONCEITUAÇÃO DE CASAMENTO	14
2.3 DOS REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DO CASAMENTO	16
2.4 CONCEITO DE REGIME DE BENS	17
2.5 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	18
2.6 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS REGIMES DE BENS	20
2.7 REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	21
3. DA TUTELA DOS DIREITOS DOS IDOSOS	25
3.1 ASPECTOS SOCIAIS DA VELHICE	25
3.2 CONCEITO DE IDOSO	27
3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DOS IDOSOS	29
3.3.1 Princípio da Isonomia	30
3.3.2 Dignidade da pessoa humana	30
3.3.3 Proteção à pessoa idosa	31
3.4 AUTONOMIA PRIVADA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À LIBERDADE	32
3.5 APONTAMENTOS ACERCA DO ESTATUTO DO IDOSO	33
4. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
4.1 DEFINIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	36
4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	37
4.3 ETARISMO	40
4.4 IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS COMO LIMITAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS	41
4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	44
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais são características determinantes na história da humanidade, sobretudo, no que tange a normatização das relações sociais, materializada pela legislação, que é o objeto de estudo da ciência jurídica.

Percebe-se que ao decorrer dos anos, a humanidade tem experimentado de intensas transformações sociais que produzem efeitos no estilo e na própria expectativa de vida, que no Brasil cresceu significativamente nos últimos anos. Isso porque o avanço da medicina, tem proporcionado uma melhor qualidade de vida para os indivíduos, ao passo que também tem ocorrido uma queda na taxa de fecundidade, provocando o que muitos pesquisadores determinam como “envelhecimento da população”, isto é, boa parte da população do país composta por pessoas com idade superior a sessenta e cinco anos.

Ante a tais constatações, insurgem alguns questionamentos: será que a sociedade oferece condições para que os idosos vivam com dignidade, tendo respeitada a sua autonomia e liberdade? E quanto ao ordenamento jurídico e as normas que o regem, têm se adequado as transformações sociais e cumprido o seu “papel protetorista”?

Historicamente, criou-se uma ideia comum de que envelhecer representa alcançar a etapa final da vida humana em que não se tem mais objetivos, sonhos ou até mesmo “utilidade social”. Considera-se o período em que todas as etapas foram superadas, as metas alcançadas, os sonhos vividos, sendo reservado a este momento, o descanso, tanto é, que a própria ideia de “aposentadoria” é socialmente relacionada a velhice.

Alcançar os setenta anos de idade há vinte anos, quando a expectativa de vida dos brasileiros chegava a pouco mais de cinquenta e seis anos, aparentava ser algo raro. Todavia, com as transformações sociais, os setenta anos de idade para boa parte dos idosos já não representa mais a linha de chegada do percurso, mas sim, o início de uma nova trajetória que oferece lugar a novos planos e objetivos.

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de que as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro estejam em consonância com a realidade social a época de sua vigência, de modo a atender as demandas sociais, sem que traga prejuízos para o exercício pleno dos direitos individuais, e ao invés de se alcançar o objetivo legal de proteção e efetivação dos direitos dos longevos não acabe por limitar, discriminar e violar outros direitos tidos como essenciais, como o direito a igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal de 1988.

Assim, por ocasião das intensas transformações sociais ao longo da história, algumas normas foram revogadas por não se adequarem aos hábitos e costumes aceitos em sociedade, foi o que ocorreu, por exemplo, com o adultério, que foi criminalizado até os anos dois mil, quando foi revogado pela Lei 11.106/2005.

Os idosos são parte importante em nossa sociedade que não podem ser esquecidos. Se descuidarmos do senso comum e ingressarmos por uma análise realista a luz dos princípios e direitos fundamentais, é possível verificar que eles têm o direito de viver em sociedade, gozando de todos os direitos e liberdades garantidas constitucionalmente. Todavia, ao adentrarmos ao mundo dos fatos, é visível a realização concreta desses direitos? O que os impede?

Em consonância com a realidade social surge os direitos e garantias individuais, que se solidificam com a Constituição Federal de 1988. De acordo com a conceituação doutrinária de Pedro Lenza, as chamadas liberdades individuais, são consideradas direitos de primeira geração, que são inerentes a pessoa humana, como é o caso do direito à vida, direitos políticos e a própria igualdade.

Por conseguinte, no que se refere a conceituação oportunizada pelo direito privado, o Código Civil, define o casamento como a comunhão plena de vida, tendo por base a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, sendo disciplinados os ritos, os impedimentos e os regimes de bens inerentes a tal instituto.

Nessa linha, disciplina o diploma civilista que, em caso de casamento entre pessoas com mais de setenta anos de idade é obrigatório o regime da separação de bens, de modo que não é oportunizado o exercício do direito de escolha pelos nubentes.

Por ocasião de tal disposição legal, muitos idosos ao decidirem casar-se após os setenta anos de idade estão condicionados ao regime obrigatório da separação de bens, sofrendo limitação em seu direito à escolha e autonomia da vontade, direitos que lhes são conferidos constitucionalmente.

Nesta perspectiva a pesquisa tem como objetivo geral realizar uma análise acerca da limitação imposta pelo Código Civil de 2002 no que tange a obrigatoriedade do regime de separação de bens para os maiores de setenta anos sobre a ótica dos princípios, direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

No que tange as particularidades abordadas, objetiva-se de forma específica realizar uma análise acerca da construção social do envelhecimento e a forma como tem sido enfrentada pela sociedade, sobretudo nos dias atuais, além de apresentar apontamentos jurídicos no que diz respeito aos regimes de bens, estabelecidos pela legislação infraconstitucional vigente,

responsável por disciplinar as relações civis, relacionando-as por último com direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal da República.

Para tanto, utilizou-se de pesquisa exploratória com o objetivo de estabelecer uma análise no que tange as limitações legais impostas aos idosos aos nubentes maiores de setenta anos de idade, isto é, pesquisa baseada nas legislações existentes e vigentes, somadas aos estudos e posições doutrinárias no campo jurídico.

No que diz respeito ao Método utilizado, adotou-se o método dedutivo, haja vista partir de uma abordagem geral, isto é, dos princípios e normas gerais do Direito, analisando os direitos fundamentais estabelecidos pela constituição, para o específico que são as normas de direito civil atinentes ao casamento e regime de bens, alcançando de forma ainda mais direcionada os direitos e liberdades garantidas aos Idosos através da Lei 10.741/2003.

Quanto ao procedimento técnico empregado, foi o bibliográfico pois trata-se de estudo realizado a partir de material já existente, publicado, quais sejam doutrinas, artigos e a própria legislação, sobretudo, quando se trata da conceituação e percurso histórico da ideia de envelhecimento em sociedade.

Nesse sentido, o referido trabalho encontra-se organizado em três capítulos, de modo que, no capítulo primeiro apresenta-se considerações doutrinárias e legislativa a respeito do direito civil, trazendo inicialmente, uma abordagem histórica quanto ao casamento e regime de bens, seguido de sua conceituação, além de trazer as principais disposições legais sobre cada um deles, bem como, os princípios que norteiam a sua aplicação.

No segundo capítulo busca-se uma discussão voltada ao conceito de velhice a partir de sua construção social, seguida de algumas considerações principiológicas que norteiam a criação e aplicação dos direitos do idoso, tecendo comentários a respeito do estatuto do idoso que é o diploma normativo responsável por definir e disciplinar os direitos inerentes a tal parcela social.

Por último, no capítulo terceiro, vislumbra-se uma abordagem voltada aos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal, direcionada sobretudo aos idosos e relacionando ao etarismo, que é uma questão social atual e a forma como tem sido debatido na esfera jurisdicional.

Desse modo, embora haja reiteradas discussões acerca do tema, ainda não se chegou ao seu esgotamento, tendo em vista que, atualmente, muitos idosos que aos setenta anos resolvem mudar de vida, constituir novo casamento, união estável, nova família, encontram limitações legais, institucionais e sociais no exercício de seus direitos e/ou liberdades individuais.

2. DO CASAMENTO E DOS REGIMES DE BENS

O casamento é sem dúvidas uma das mais antigas formas de constituição de vínculos sociais, que ao longo da formação histórica da humanidade sofreu transformações, assim como, a própria conjuntura social.

Nesta perspectiva, o estudo e embasamento legal do casamento surge interligado a ideia de família. Assim, quando o casamento perde o seu caráter sacramental original, vinculado ao catolicismo e passa a ser visto como negócio jurídico, capaz de surtir efeitos que transcendem a esfera familiar, surge a necessidade de estudá-lo como fato jurídico e assim normatizá-lo.

Dentro dessa normatização inclui-se o regime de bens, que é o conjunto de normas jurídicas responsáveis por regular a esfera patrimonial dos cônjuges individualmente e/ou coletivamente.

2.1 ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO CASAMENTO

Historicamente a ideia de casamento é vinculada a família, que é base das relações sociais que deram origem ao modelo de sociedade atual, de modo que, surge inicialmente como instrumento para se “legalizar” a união entre homem e mulher, sofrendo forte influência do cristianismo, sobretudo da igreja católica (Maluf, 2021).

No modelo de família patriarcal, o casamento é tratado como instrumento negocial entre as famílias. Assim, a figura do Pai, protagonista do patriarcado, era quem escolhia o noivo das filhas, que geralmente eram primos ou outros parentes da própria família, a fim de preservar o status e patrimônio familiar, de modo que, “a família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional” (Gonçalves, 2023).

Nessa perspectiva a evolução histórica do casamento apresenta quatro momentos distintos:

“O casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento” (Maluf, 2021, p. 96 *apud* Pessoa, 2000, p. 218).

Percebe-se que o casamento em sua forma original, desvencilha-se completamente da ideia de casamento concebida na atualidade, relacionada a ideia de sentimentos, afinidade e afetividade, que são características apontados pela própria legislação.

Posteriormente, durante a Idade Média, as relações familiares eram disciplinadas quase que exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Todavia, as normas romanas continuaram a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, ao passo que se observava também a crescente importância de diversas regras de origem germânica (Gonçalves, 2023).

Outro fato marcante que exerceu forte influência sobre o casamento foi a reforma protestante, tendo contribuído para a desvalorização do casamento como sacramento, desviando-se da ideia canônica de sua indissolubilidade e passando-se a se admitir o divórcio. Tais ideais, inclusive foram admitidos pela Revolução Francesa, o que possibilitou a inauguração uma nova era baseada na ideia de casamento como um contrato civil (Maluf, 2021).

Denota-se que o casamento conserva em sua forma genuína um caráter sacramental, pautado na conservação eterna, isto é, na indissolubilidade, predominante na doutrina católica. Tal conotação apenas sofre alteração a partir da reforma protestante que apresenta uma perspectiva menos sacramental, defendendo, inclusive, sua dissolubilidade.

Para os romanos, a convivência e afeição eram necessários aos casamentos, de modo que, a ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio. Tal entendimento, no entanto, foi duramente criticado pelos canonistas, pois para eles, à dissolução do vínculo conjugal era inconcebível, visto que consideravam o casamento um sacramento, não podendo os homens dissolverem a união realizada por Deus (Gonçalves, 2023).

Compreende-se que na civilização romana começa-se a emergir uma conotação acerca do casamento que se aproxima da civilização atual, em que se valoriza a convivência dos cônjuges e a afeição, de modo que pela inexistência de tais circunstâncias justificava-se a dissolução do vínculo conjugal, o que, como ainda nos dias atuais, é rebatido pelo direito canônico.

Nesse sentido, é possível reconhecer que o modelo estrutural da família brasileira, como hoje é concebida, sofreu significativa influência da família romana, germânica e sobretudo canônico, sendo possível destacar os impedimentos matrimoniais, estabelecidos no Código Civil de 1916, que seguiu a linha do direito canônico, apontando as condições de invalidade do casamento (Gonçalves, 2023).

Em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a ter mais autonomia, sofrendo adaptações condizentes com as novas realidades sociais, perdendo muito das características canonistas e dogmáticas intocáveis e incorporando uma

natureza mais contratualista, valorizando as liberdades individuais ao passar a admitir a dissolução do casamento (Gonçalves, 2023).

Atualmente, pode-se dizer que a ideia de casamento tem se distanciado, mesmo que timidamente, das concepções históricas anteriormente abordadas. Por exemplo, o casamento que só era reconhecido entre pessoas de sexos diferentes, atualmente, também é válido para pessoas do mesmo sexo, a partir da autorização jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, cominada pela aprovação da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que determinou que os cartórios do país procedam com o processo de habilitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Desse modo, no direito civil contemporâneo, o casamento encontra-se filiado a ideia de comunhão de vida, embasado na afetividade, disciplinado pela legislação, devendo ser observados os impedimentos matrimoniais e baseado na manifestação volitiva sincera dos contraentes, de modo que, ao assumir uma visão globalizada, se estende às pessoas do mesmo sexo, passando a administrar formas novas que a história anteriormente não reconhecia.

2.2 CONCEITUAÇÃO DE CASAMENTO

A conceituação do casamento ao longo da construção social alcançou numerosas definições, que por vezes surgiram filiadas às concepções originais ou tendências filosóficas, motivo pelo qual, inexistente uniformidade na sua caracterização (Pereira, 2022).

Todavia, fato incontroverso é que o casamento compõe a mais antiga instituição social, que é a família, sendo considerado como a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país (Diniz, 2022).

Observa-se que ao longo da formação social chegou-se a uma multiplicidade de estudos capazes de estabelecer as mais variadas conceituações sobre o casamento, não havendo, um conceito único. Apesar disso, há uma constatação predominante no que se refere a sua vinculação com a família, como a mais antiga instituição social.

Nesse sentido, Diniz (2023), conceitua o casamento como vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.

Em uma outra perspectiva, Nader (2023) define o casamento como negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida.

Para Pereira, (2022) *apud* Beviláqua, o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e a educar a prole, que de ambos nascer.

Depreende-se que há uma variação doutrinária, que ora se filia ao caráter mais tradicional, colocando o matrimônio como instituição social, ora como uma relação contratual, de caráter sobretudo, jurídico.

Partindo de tais conceitos, não há um consenso doutrinário quanto a natureza jurídica do casamento, resistindo no âmbito doutrinário três teorias quanto a sua natureza jurídica: contratual, institucional e a eclética (Maluf, 2021).

Nesta perspectiva, a concepção clássica ou contratual, que foi acolhida pelo Código Napoleão, emergente no século XIX, considerava o casamento civil, como um contrato, cuja validade e eficácia decorreriam exclusivamente da vontade das partes (Gonçalves, 2023).

Em oposição, surge a concepção institucionalista a qual vinculou-se o Código Civil Italiano de 1865. Para essa corrente o casamento é uma “instituição social”, refletindo uma situação jurídica legalmente disciplinada, que embora, trate-se de uma instituição social construída pela livre vontade dos constituintes, não pode se desvencilhar dos critérios legais estabelecidos (Gonçalves, 2023).

Ainda no que tange a teoria institucional, Maluf (2021, p. 102) em sua obra “Curso de Direito de Família”, traz a seguinte reflexão,

“À luz da teoria institucionalista ou supra individualista, o casamento é um estado, em que os nubentes ingressam, que reflete uma relação jurídica nascida do acordo de vontades cujas normas e efeitos se encontram preestabelecidas pela lei. Partilham dessa teoria Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Arnaldo Wald” (Maluf, 2021, p. 102)”.

Em outra perspectiva, surge ainda uma terceira corrente doutrinária que defende a natureza eclética ou mista do casamento, considerando esse como ato complexo possuindo assim uma natureza contratual, por ser acordo de vontade entre as partes, sendo estabelecido direitos e obrigações para tal relação, além de possuir também a natureza de instituição (Gonçalves, 2023).

Nas palavras de Maluf, (2021, p.103), “a teoria eclética congrega dois elementos: o volitivo e o institucional, considerando o casamento um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades, e uma instituição em sua duração, em face da interferência do Poder Público e do caráter inalterável de seus efeitos”.

Por último, urge destacar, a conceituação de casamento trazida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, atualmente em vigor, que em seu art. 1.511, estabelece o casamento como comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e que, conforme defende Gonçalves (2023), vincula-se, a teoria mista ou eclética, apresentando, portanto, natureza jurídica tanto contratual quanto institucional.

2.3 DOS REQUISITOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DO CASAMENTO

O casamento apresenta como característica basilar a solenidade do ato, que é formal, isto é, exige forma prescrita em lei, transcendendo a presença ativa do Estado em face do caráter volitivo das partes (Maluf, 2021).

Nota-se que ao ser instituído como ato solene, para que o casamento seja considerado válido e assim produza todos os seus efeitos jurídicos exige-se que obedeça às formalidades previstas na legislação, antes e durante a sua procedência.

Por esse viés, segundo a doutrina majoritária, é necessário que ao proceder com a constituição do casamento sejam atendidos cumulativamente alguns requisitos essenciais para que esse possa ser considerado existente, tais como a publicidade do ato, a presença de autoridade e na presença de testemunhas (Maluf, 2021). Tais requisitos encontram-se dispostos no Código Civil brasileiro, com a seguinte redação,

Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular (Brasil, 2002).

Ao tratar dos requisitos para existência do casamento, refere-se à condição impreterível, de tal modo que, ao deixar de atender a uma das formalidades previstas, constitui vício tão grave, que o negócio jurídico se torna inexistente, ou seja, somente existe no mundo dos fatos, não podendo ser considerado como ato jurídico e conseqüentemente, não produzindo qualquer efeito (Gonçalves, 2023).

De igual modo, o Código Civil também estabelece requisitos para que seja auferida a validade do casamento, e assim, uma vez negligenciados, poderá ser o casamento nulo ou anulável. Segue as disposições civis,

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:
II - Por infringência de impedimento.

Art. 1.550. É anulável o casamento:
I - De quem não completou a idade mínima para casar;
II - Do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
III - Por vício da vontade, nos termos dos Arts. 1.556 a 1.558;
IV - Do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
V - Realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
VI - Por incompetência da autoridade celebrante (Brasil, 2002).

No que tange as hipóteses de nulidade, trata-se de situações que inexistem a possibilidade de convalidação do ato, sendo assim, ignoradas as formas e ou especificidades previstas no diploma legal, o ato não produz qualquer de seus efeitos jurídicos (Gonçalves, 2023).

Por outro lado, relacionado às previsões de anulabilidade, tem-se que, ao incorrer nas hipóteses de anulabilidade, é possível que o ato seja sanado, isto é, corrigido, a fim de que se torne ato válido e assim seja possível a produção dos seus efeitos jurídicos a partir de sua convalidação, gerando assim, os direitos e deveres inerentes ao casamento (Gonçalves, 2023).

Mais uma vez, demonstra-se o caráter formal do casamento, em que se verifica a impossibilidade de mutabilidade dos seus ritos celebrativos, visto que esses são impostos como condição inerentes à sua existência, validade e eficácia no mundo dos fatos e sobretudo, jurídico.

2.4 CONCEITO DE REGIME DE BENS

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves, o regime de bens disporá precipuamente acerca da disciplina da relação patrimonial entre os cônjuges, definindo o regime de bens da seguinte forma:

“Regime de bens é conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal” (Gonçalves, 2023, p. 175).

De modo semelhante, Diniz (2023), entende o regime de bens como o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento, configurando, portanto, como sugere a própria nomenclatura, o regime do pacto nupcial.

Nessa conjuntura, o regime de bens relaciona-se diretamente aos interesses econômicos provenientes do casamento, representando assim o estatuto patrimonial dos cônjuges (Maluf, 2021).

Por último, assim dispõe o diploma civil acerca da eleição do regime de bens,

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento (Brasil, 2002).

Assim, a partir das conceituações apresentadas na doutrina e na própria legislação vigente, entende-se o regime de bens como o responsável por disciplinar as relações conjugais na esfera patrimonial, isto é, bens móveis e imóveis, materiais ou imateriais, com valor financeiro.

2.5 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico é constituído por um conjunto organizado de normas e princípios que norteiam a aplicação do direito no caso concreto com o intuito de solucionar os litígios e disciplinar as relações sociais.

Nesse sentido, alguns doutrinadores buscam realizar a diferenciação entre princípios e normas.

De modo geral, conforme encontrado no dicionário, a palavra princípio indica o começo; início de uma ação; o que ocorre ou existe primeiro que os demais.

Ao se valer dos ensinamentos de Bobbio (1996), Soares (2019, p. 48), faz as seguintes considerações,

Nessa senda, Bobbio (1996, p. 159) insere os princípios gerais do direito na categoria de normas jurídicas, ao referir que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. Para sustentar que os princípios gerais são normas jurídicas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. [...] Sendo assim, as regras disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termos definitivos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica, nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração, irradiam-se os princípios; irradiam-se pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica

do sistema normativo. Desse modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um plexo de comandos normativos (Soares (2019, p. 48) *apud* Bobbio (1996, p. 159).

Assim, os princípios também são considerados como normas jurídicas, entretanto possuem um caráter mais generalista, isto é, não se dedicam a uma situação específica, se relacionando mais intimamente com os valores jurídicos, a fim de proporcionarem uma compreensão uníssona e harmônica no ordenamento jurídico.

Já na perspectiva do direito, segundo Martins (2014, p. 29), os princípios são a base, o fundamento que irão nortear as normas jurídicas na sua criação e aplicação, servindo, portanto, como seu verdadeiro alicerce, enquanto a norma é uma prescrição objetiva, através da qual se organiza, direciona e impõe condutas.

Corroborando com tal pensamento Nader (2021) aponta os princípios como fundamentais a ciência do Direito, sendo origem e fonte de todas as coisas, ao passo que também transcende o próprio direito.

Verifica-se que no entendimento dos doutrinadores supracitados, os princípios são regras básicas a serem observadas dentro do sistema jurídico, inclusive pelas próprias normas, ao passo que as normas são as regras prontas e acabadas pelo próprio legislador, que vão regulamentar condutas.

Desse modo, Nader (2021), leciona que,

O Direito Positivo, em todos os sistemas, compõe-se de normas jurídicas, que são padrões de conduta ou de organização social impostos pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade. São fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual. [...] Em síntese, norma jurídica é a conduta exigida ou o modelo imposto de organização social (Nader, 2021).

Nesse sentido, compreende-se que enquanto as normas jurídicas integram o direito positivo, estabelecendo através do legislativo, padrões de conduta que possibilite uma interação social pacífica, trazendo, portanto, posições concretas, os princípios traduzem tal disciplina de forma mais abstrata, oferecendo amplitude na interpretação e aplicação das normas jurídicas positivadas.

2.6 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS REGIMES DE BENS

Segundo o entendimento de Gonçalves (2023, p. 175) os regimes de bens norteiam-se por três princípios fundamentais, quais sejam: imutabilidade ou irrevogabilidade, variedade dos regimes e livre estipulação.

Tem-se que o Código Civil de 2002 inovou ao tratar da mutabilidade do regime de bens, substituindo a imutabilidade absoluta pela mutabilidade relativa ou motivada, conforme inteligência do art. 1.639, §2º do Código Civil, ao dispor que “é admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros” (Brasil, 2002).

A partir disso, verifica-se que a inalterabilidade continua sendo a regra e a mutabilidade a exceção, somente sendo admitida em casos específicos e mediante processo de jurisdição voluntária através de sentença judicial. Para além disso, convém ressaltar que a mutabilidade relativa do regime de bens não se aplica aos casos de inobservância das causas suspensivas, pessoas maiores de setenta anos e os casos que dependerem de suprimento judicial, tutelados pelo regime da separação obrigatória de bens. (Gonçalves, 2023).

Depreende-se que a nova normatização inaugurada pelo Código Civil de 2002, não aboliu o princípio da imutabilidade, mas apenas previu a sua flexibilização, haja vista que em regra, não se admite a alteração do regime de bens, preservando-se sua imutabilidade, todavia, é possível a sua alteração, desde que observados as condições exigidas na própria legislação.

Quanto a variedade de regimes, esse se coaduna pelo simples fato de coexistirem vários regimes de bens a disposição e livre escolha dos nubentes, sendo possível ainda, que os contraentes estabeleçam um regime misto, desde que as estipulações não sejam incompatíveis com os princípios e normas de ordem pública que caracterizam o direito de família, conforme leciona o Art. 1.655 do Código Civil de 2002 ao estabelecer a nulidade de cláusula que contrarie disposição legal absoluta (Gonçalves, 2023).

Nessas condições, preserva-se para além da liberdade de escolha dos contraentes, a própria liberdade de disposições inerentes ao direito privado. Obviamente, que tal liberdade se submete as normas e princípios do direito positivado, em seu caráter público.

Conforme leciona a própria legislação competente em seu art. 1.639, é facultado aos nubentes a escolha do regime de bens que irá reger o casamento, salvo as próprias limitações legais também estabelecidas no texto legal, que irá disciplinar as relações patrimoniais dentro do contrato a partir da data da celebração do casamento (Gonçalves, 2023).

Nesse sentido, a livre estipulação do regime de bens acontece no pacto antenupcial, que é necessário quando os nubentes escolhem regime diverso do legal, que é o da comunhão parcial de bens. Desse modo, sempre que não houver estipulação de um regime de bens através do pacto antenupcial, ou ainda quando esse o for considerado nulo ou ineficaz, presume-se que o regime de bem que disciplinará o casamento será o de comunhão parcial de bens.

2.7 REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Depreende-se da doutrina civilista e do próprio texto legal que o casamento gera efeitos pessoais e patrimoniais. Nesta seara, o regime de bens surge como instituto responsável por disciplinar essas relações, através de normas legalmente estabelecidas.

Nesse sentido, de acordo com a legislação vigente, atualmente vigoram no ordenamento jurídico brasileiro quatro modalidades de regime de bens, quais sejam: comunhão universal de bens, separação absoluta de bens, comunhão parcial de bens e o regime de participação final nos aquestos.

Conforme disciplina o Código Civil brasileiro de 2002, o regime da comunhão universal de bens pressupõe a comunicação dos bens e das dívidas dos cônjuges, assim como institui os bens que estão excluídos da comunhão patrimonial.

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

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento (Brasil, 2002).

O regime de comunhão universal de bens é um dos regimes mais antigos, adotado inclusive, pelo Código Civil de 1916 como o regime legal de bens (Pereira, 2022). Nesse viés, a característica peculiar de tal regime, diz respeito a comunicação de todos os bens, móveis ou imóveis, de que cada um dos cônjuges é titular ao tempo das núpcias, bem como aqueles que

forem adquiridos na constância do pacto nupcial, sejam eles adquiridos apenas por um ou por ambos os cônjuges. De igual modo, verifica-se que se comunicam também as dívidas, ressalvadas as expressas disposições legais que tutelam o referido regime.

No regime de separação de bens, não há comunicabilidade patrimonial e assim, cada nubente administra o próprio patrimônio de forma independente e sem direito a meação, já que apenas existem bens particulares. É o que dispõe o art. 1.687 do Código Civil,

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real (Brasil, 2002).

Nas palavras de Gonçalves (2023),

“Quando se convencionou o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. [...] No regime da separação absoluta os cônjuges unem suas vidas e seu destino, mas ajustam, por meio do pacto antenupcial, a separação no campo patrimonial. Embora sejam marido e mulher, cada qual continua dono do que lhe pertence e se tornará proprietário exclusivo dos bens que vier a adquirir, recebendo sozinho as rendas produzidas por uns e outros desses bens”.

Conforme se extrai do Art.1.640 do Código das Leis Cíveis brasileiras, não havendo deliberação pelos cônjuges quanto ao regime de bens será aplicado o regime da comunhão parcial de bens, denominado doutrinariamente como regime legal ou supletivo. Veja-se a literalidade normativa,

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.
Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula (Brasil, 2002).

Trata-se, portanto, de regime em que se comunicam o patrimônio dos nubentes constituídos de forma onerosa na constância do pacto nupcial, havendo bens que são particulares de cada cônjuge e bens comum do casal, admitidas exceções expressamente previstas em Lei.

Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - Os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

- II - Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - As obrigações anteriores ao casamento;
- IV - As obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - Os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Art. 1.661. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (Brasil, 2002).

Por conseguinte, o art. 1.672 e seguintes do código de leis civilistas disciplinam o regime de participação final nos aquestos. Em tal regime há previsão de cinco massas patrimoniais, quais sejam, os bens particulares de cada cônjuge constituídos antes e durante o casamento, bem como o patrimônio adquirido pelo casal, a título oneroso na constância do casamento.

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

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

- I - Os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
- II - Os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (Brasil, 2002).

Entende-se o regime de participação final nos aquestos como um regime de bens híbrido, visto que na constância do casamento vigora a autonomia patrimonial, típico do regime da separação absoluta de bens e, por ocasião da dissolução matrimonial aplica-se regras características do regime de comunhão parcial de bens (Gonçalves, 2023).

Tal regime possibilita a conservação da independência patrimonial de cada cônjuge, permitindo que em caso de dissolução da sociedade conjugal, ocorra uma proteção econômica

àquele que acompanhou tal evolução na condição de parceiro, sem ter, no entanto, bens em seu nome (Gonçalves, 2023).

Acerca de tal regime, ainda esclarece Diniz (2023, p. 268),

“Neste novo regime de bens há formação de massas de bens particulares incommunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio. Na constância do casamento os cônjuges têm a expectativa do direito à meação, pois cada uma só será credor da metade do que o outro adquiriu, a título oneroso durante o matrimônio se houver a dissolução da sociedade conjugal” (DINIZ, 2023, p. 268).

Por último, a Lei Federal 10.406/2002, estabelece ocasiões em que é obrigatório o regime de separação de bens, sendo mitigado o aspecto volitivo por parte dos nubentes. Veja-se:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - Da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (Brasil, 2002).

Denota-se que diz respeito a regime cuja aplicabilidade decorre diretamente de imposição legal, não sendo necessário pacto antenupcial, de modo que, em alguns casos a exigência de sua aplicação é proveniente de causas suspensivas da celebração do casamento e em outros ocasiões decorre do límpido intuito de proteger certas pessoas que, pelas circunstâncias em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio (Gonçalves, 2023).

3. DA TUTELA DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Entendendo o direito como ciência jurídica responsável por estudar a aplicação da norma aos fatos sociais, infere-se que sendo a velhice um fato social, conseqüentemente, o direito deverá buscar tutelar tal realidade, a partir de normas que criem direitos e viabilizem o seu pleno e eficaz exercício por essa parcela da população.

Nesse diapasão, é necessário analisar o contexto histórico social do envelhecimento, que atualmente se apresenta como questão social relevante, e como o ordenamento jurídico tem apresentado respostas a esse fato social, por uma perspectiva garantista, inerente ao Estado democrático de direito em que se vive.

3.1 ASPECTOS SOCIAIS DA VELHICE

Embora o envelhecimento não seja um acontecimento apenas do século XXI, a população mundial, especificamente a brasileira, tem passado por um acelerado processo de envelhecimento, o que tem se transformado em uma questão social relevante que transcende as estatísticas numéricas de idosos em sociedade (Ramos, 2017).

Denota-se que o envelhecimento é um fato social existente em toda a história da humanidade, haja vista ser condição natural de todo ser vivo. Todavia, apenas tem sido notada como questão social, isto é, um problema a ser pensado com o intuito de buscar soluções eficazes, a partir da globalização e dos avanços industriais e tecnológicos responsáveis por impulsionar o crescimento de idosos na sociedade, ao passo que também ocasionou uma queda na taxa de fecundidade, chegando a superar em quantidade a população jovem.

No início da estruturação social, a população era composta majoritariamente por jovens e a expectativa do envelhecimento era algo deveras distante, haja vista que, dadas as condições sociais, alcançar a velhice era uma raridade, uma possibilidade remota e de pouca relevância (Ramos, 2017).

Posteriormente, com o advento do processo de industrialização, a instauração do capitalismo social e os avanços tecnológicos que promoveram melhorias nas condições sanitárias urbanas, os avanços da medicina no que tange a descoberta de medicamentos e tratamentos para inúmeras doenças, que até então ceifava de forma precoce inúmeras vidas, viabilizou-se o processo de envelhecimento, revelado em um aumento significativo da expectativa de vida.

“Com a consolidação do sistema capitalista, as sociedades modificaram-se significativamente. As novas relações sociais trouxeram consigo uma série de técnicas voltadas a debelar as mazelas que inviabilizavam o avanço do novo modelo social, como as epidemias, por exemplo. Essas técnicas foram desenvolvidas a partir de pesquisas realizadas. Como resultado da aplicação dos conhecimentos adquiridos e tecnologias desenvolvidas, grandes parcelas da população que até então não tinham oportunidade de uma vida mais longa passaram a usufruir essa conquista sem que, todavia, lhes fossem asseguradas as condições materiais mínimas de existência” (Ramos, 2017, p.32).

Segundo as projeções da Organização das Nações Unidas (ONU), até 2012 11,5% (onze vírgula cinco por cento) da população era constituída por pessoas com sessenta anos ou mais, havendo expectativa de que em 2050 (dois mil e cinquenta) a população brasileira seja composta majoritariamente por pessoas idosas, superando o número de crianças menores de 15 (quinze) anos de idade (Mendes, 2017).

Tais estimativas demonstram a urgência no enfrentamento de questões jurídicas e sociais relacionadas aos idosos e seus direitos, tendo em vista que esses integram a sociedade e a eles devem ser garantidos uma velhice digna e que lhe sejam proporcionados o exercício de todos os direitos que lhes são garantidos pela ordem constitucional.

Nesta perspectiva, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma inovação ao estabelecer um sistema jurídico pautado na igualdade, objetivando o bem de todos e livre de qualquer tipo de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação, sendo possível uma interpretação normativa no sentido de buscar uma especial proteção a pessoa idosa, inibindo qualquer tipo de violação aos seus direitos e exigindo prestações positivas em seu favor por parte do Estado (Mendes, 2017).

Outrossim, a Constituição cidadã ainda dedica um capítulo especial para tratar acerca da ordem social, trazendo de forma detalhada um rol de direitos voltados especificamente aos idosos.

Com o envelhecimento há uma alteração orgânica, física e psicológica que reduz e/ou limita o exercício de algumas atividades pela população idosa. Todavia, situação ainda mais grave é o estigma social imposto a essa parcela da população ao vinculá-los a ideia de inatividade, sobretudo no mercado de trabalho, seja em espaços públicos ou privados, e até mesmo no próprio núcleo familiar, isto é, criou-se uma ideia de que os idosos não agregam valor social, supervalorizando uma ideia negativa de velhice (Mendes, 2017).

Entretanto, se observada a realidade social, é possível identificar que a população idosa em sua maioria, embora tenham reduções em suas capacidades motoras ou até mesmo cognitivas, o que é organicamente presumível no envelhecimento, em sua grande parte tem se

mantido cada vez mais ativa na vida social, sobretudo no mercado de trabalho, não se enquadrando na ideia de vulnerabilidade, inutilidade e improdutividade construída anteriormente.

De acordo com Ramos (2017) *apud* Bobbio (1997),

Apresentando-se como sinônimo de decadência, a velhice ficou sem valor simbólico na sociedade. Vista como etapa final, portanto incompatível com projetos de vida, com o futuro, negou-se a ela a representação da continuidade da vida, de todo o resto anteriormente vivido, conforme registrou Norberto Bobbio (Ramos, 2017, *apud* Bobbio, 1997).

Nesse sentido, expõe Ramos (2017, p. 34),

“Sendo a velhice um fenômeno complexo, uma vez que envolve múltiplos fatores, dentre os quais a condição econômica, o grau de instrução, a alimentação ingerida, as relações familiares, entre outros” (RAMOS, 2017, p. 34).

Assim, em decorrência da nova conjuntura social, destaque-se, uma sociedade capitalista para qual os idosos nada tinha a oferecer, a ideia de velhice surge não apenas como uma fase biológica e inevitável da vida, mas como um fator social, associado a etapa final da vida, sinônimo de degeneração e improdutividade, de modo que, a questão social que envolve os idosos apenas é avaliada por uma perspectiva filantrópica e beneficente, impondo aos idosos uma questão social, que até então, ainda não foi superada, que é a exclusão social (Ramos, 2017).

3.2 CONCEITO DE IDOSO

Atentando-se para a relevância social do processo de envelhecimento, sobretudo por ser um fato histórico, isto é, que sempre esteve presente em todas as conjunturas sociais, conforme expõe Braga (2011), surge a gerontologia, como a ciência que estuda a velhice.

Conjuntamente com os primeiros estudos relacionados ao envelhecimento, foram surgindo outras terminologias que fossem capazes de condensar e traduzir o significado dessa fase da vida e assim substituir o termo “velho”. Emergem assim, denominações como terceira idade, melhor idade, pessoas idosas ou apenas, “idosos”, mas comumente utilizado, inclusive na própria legislação (Ramos, 2017).

“A expressão pessoa idosa foi cunhada pela Organização Mundial de Saúde, em 1957, e nos últimos anos passou a ter grande aceitação no Brasil⁵². A Constituição Brasileira de 1988 a incorporou no seu art. 230. Diante disso, a legislação

infraconstitucional foi impulsionada a adotar, senão a expressão pessoa idosa, pelo menos parte dela, daí Estatuto do Idoso” (Ramos, 2017, p. 39).

De acordo com a definição trazida pelo dicionário online da Língua Portuguesa, encontra-se a definição de idoso como sendo o indivíduo que já possui muitos anos de vida, apresentando como adjetivos: velho, pessoa que tem muitos anos de vida, sendo também definido como limite de idade entre um adulto e um idoso, que é 65 anos.

Em busca de tal conceituação, também leciona boas (2015, p. 1),

O vocábulo “idoso” tem sua origem latina no substantivo aetas, aetatis,¹ de cujo caso acusativo ateam (caso lisogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se existência à palavra “idade”. “Idoso” é vocábulo de duas componentes: “idade” mais o sufixo “oso” que, no léxico, denota “abundância ou qualificação acentuada”.² Portanto, o vocábulo “idoso” pode significar: cheio de idade, abundante em idade etc (Boas, 2015, p. 1).

Alguns estudiosos sugerem que o conceito de idoso está relacionada a idade cronológica dos indivíduos, mas também está ligado ao nível de desenvolvimento de cada país. Desse modo, em países que se encontram em desenvolvimento, seria considerado idoso pessoa a partir dos 60 anos, enquanto nos países desenvolvidos seria considerado idoso pessoa com sessenta e cinco anos ou mais, haja vista a existência de expectativa de vida ser mais elevada (Ferreira; Prado, 2016).

A idade considerada idosa pela Organização Mundial da Saúde (OMS) é estabelecida conforme o nível socioeconômico de cada nação. Em países em desenvolvimento, é considerado idoso aquele que tem 60 ou mais anos de idade. Nos países desenvolvidos, a idade se estende para 65 anos (Inagaki et al, 2013, p. 1).

No campo legislativo, a Constituição Federal de 1988, refere-se a pessoa idosa, como sendo aquelas maiores de sessenta e cinco anos de idade. Já o Estatuto do Idoso, aponta a pessoa idosa como aquela que conta com idade igual ou superior a sessenta anos de idade.

No que tange ao Código Civil de 2002, embora esse discipline de forma minuciosa acerca dos procedimentos que envolva as relações civis dos idosos, bem como o pleno exercício dos seus direitos, o código de leis civilista não apresente um conceito de idoso.

O Código Civil Brasileiro não faz referência ao conceito de idoso. Limita-se a fornecer parâmetros para a definição dessa parte da população e orienta na determinação do ponto de partida do qual uma pessoa pode ser considerada civilmente idosa, deixando às leis especiais e demais documentos legais a incumbência de tal definição. (Moura, 2016, s.p.).

De acordo com o Estatuto do Idoso, é assim considerado pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

Paralelamente, a Lei nº. 8.742/1993 – LOAS, apresenta conceituação diversa conceituação ao estabelecer que idoso é a pessoa com sessenta e cinco anos de idade ou mais.

Art. 20 - O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem a ter provida por sua família (Brasil, 1993).

Nota-se que, se confrontadas as definições cronológicas apresentadas pela Constituição Federal e pelas demais leis civis destacadas, não há uma unicidade entre essas no que tange a idade em que passa a se considerar o indivíduo como pessoa idosa, contradição essa que também adentra a esfera penal.

Por uma perspectiva doutrinária, conforme leciona Braga (2011) *apud* Bobbio (1997), a conceituação legal de idoso pode levar em conta o critério cronológico, psicobiológico e o econômico-social:

“O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é o adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade, da concessão de benefícios fiscais, da facultatividade do voto, do amparo assistencial, além de outros diplomas legais. [...] Pelo critério psicobiológico, deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente. [...] O critério econômico-social considera, como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao autossuficiente” (Braga, 2011 *apud* Bobbio, 1997).

Dessa forma, constata-se que ao buscar a compreensão e/ou definição acerca do termo “idoso”, “velhice”, não é suficiente valorar apenas o aspecto cronológico, a idade ou os anos vividos, sendo necessário ir além, observando também as condições sociais e econômicas as quais estão submetidos, considerando-as em suas particularidades.

3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Como abordado no capítulo anterior, os princípios integram o ordenamento jurídico como norteadores na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas positivadas pelo legislativo, ao buscar disciplinar as relações sociais através dos diplomas normativos.

Tais disposições também são aplicáveis ao estudar os direitos dos idosos de maneira específica, principalmente por dispor acerca das relações civis que envolvem parcela da população considerada pelo ordenamento jurídico como vulnerável.

3.3.1 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia ou da igualdade é recepcionado em inúmeros sistemas jurídicos, sobretudo, nas que compõe estados democráticos de direito, como é o caso do Brasil.

Conforme encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal da República de 1988, ao prever no caput do Artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Brasil, 1988).

Tal princípio também decorre, ainda que implicitamente, do Art. 3º, IV, da CRFB/1988, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República Federativa a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Trata-se de uma concepção formalista, cuja igualdade está pautada no tratamento igual de todos os cidadãos pela legislação. Uma igualdade normativa, sobretudo, no que tange a previsão, exercício de direitos e acesso a bens e serviços do Estado, reprimindo qualquer forma de preconceito ou discriminação.

Todavia, ao tratar do princípio da isonomia busca-se não apenas uma igualdade formal, mas principalmente uma igualdade material, de modo que, cada um seja tratado de acordo com suas particularidades, ou conforme dispõe Lenza (2019) que “os iguais sejam tratados igualmente e os desiguais, tratados de forma desigual na medida de suas desigualdades”.

No campo dos direitos dos idosos, tal princípio se aplica no sentido de oferecer especial proteção aos direitos da pessoa idosa, conferindo a esses um tratamento diligente, preservando seus interesses, a fim de evitar segregação ou mitigação de seus direitos.

3.3.2 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana como princípio aplicável aos direitos da população idosa, no sentido de proporcionar aos cidadãos o direito de envelhecer dignamente, condição que deve ser garantida por todos os meios viáveis, a começar pela conscientização social no

trato para com os idosos, bem como, quanto as peculiaridades inerentes ao processo de envelhecimento (Braga, 2011).

A Constituição Federal de 1988, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo intrínseco, indisponível e indissociável da condição humana.

Nesse sentido, leciona Braga (2011),

O princípio da dignidade da pessoa humana é muito importante, uma vez que dá a direção para a harmonização dos outros princípios. Assim, em razão da sua localização na Constituição, é considerado um valor de pré-compreensão de todo o ordenamento jurídico. Há quem diga que a dignidade, por se encontrar em patamar superior a todos demais bens, valores ou princípios constitucionais, não é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, nos casos em que dois ou mais indivíduos, dotados de igual dignidade, entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo (Braga, 2011).

Depreende-se que a dignidade compreende tudo o que se coloca como essencial para uma digna existência humana: respeito, manutenção dos vínculos sociais, moradia, acesso aos espaços e serviços públicos, integridade física e moral, bem como a própria independência e autonomia.

3.3.3 Proteção à pessoa idosa

É notável que o envelhecimento populacional é uma realidade social crescente em todo o mundo, sendo necessário, ao longo da formação histórica buscar mecanismos que viessem a tutelar e preservar os direitos inerentes a essa parcela etária, como meio para se buscar assegurar o seu bem-estar social (Ramos, 2017).

No Brasil, as preocupações concernentes a população idosa ocorreu após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao ser por ela estabelecido o “dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar social e garantindo-lhes o direito à vida” (Brasil, 1988).

Observa-se que, até a promulgação da Carta Magna, as carências e barreiras enfrentadas pela população idosa eram supridas pela filantropia e caridade, através de instituições assistenciais (Silva e Yazbek, 2014).

Assim, depreende-se que em consonância com o caráter cidadão da Constituição de 1988, há uma preocupação maior com os direitos sociais, que é próprio de um Estado democrático, estendendo-se a figura dos idosos, que é parcela considerada vulnerável, carecendo, portanto, de maior proteção e assistência em seus direitos pelo Estado.

Ainda na perspectiva de tutelar de forma especial, oferecendo maior proteção aos direitos inerentes a pessoa idosa, mais de dez anos após o advento da nova ordem constitucional, é criado o Estatuto do Idoso, em 2003, que vai disciplinar de forma aprofundada e detalhada os direitos dos longevos.

3.4 AUTONOMIA PRIVADA COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À LIBERDADE

A concepção de autonomia está relacionada a liberdade de agir e a tomada de decisões inerentes a própria vida, isto é, a liberdade de fazer escolhas de acordo com as próprias convicções, sem interferências exteriores (Masson, 2016).

Nesse interim, alguns autores relacionam a autonomia privada com o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, ambos previstos pela CRFB/1988 em seus Artigos 1º, III, e 5º, respectivamente. Leciona Lôbo, (2017, p. 103), acerca da liberdade individual:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposições ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral (Lôbo, 2017, p. 103).

Conforme abordado anteriormente, historicamente a ideia de envelhecimento foi vinculada a concepção de inutilidade, dependência, o que se vincula ao entendimento de perda da autonomia, haja vista que com o envelhecimento é tirado do idoso ou pelo menos, limitado pela família, pela sociedade e por vezes, pelo próprio Estado, o direito de os idosos disporem livremente sobre alguns aspectos inerentes a própria vida, principalmente ao se tratar de bens patrimoniais.

Nesse sentido, a restrição ao exercício da autonomia privada, transcende o aspecto social, estendendo-se também para o âmbito legislativo, pois no ordenamento jurídico é possível identificar diversas normas que impõe limitação a liberdade de escolha dos idosos, sendo possível apontar o próprio Código Civil, como exemplo.

3.5 APONTAMENTOS ACERCA DO ESTATUTO DO IDOSO

A Lei nº. 10.741 de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, é reservada a disciplinar os direitos inerentes a pessoa idosa. No entanto, convém destacar que, em julho de 2022 a Lei nº. 14.423 alterou a Lei nº. 10.741 de 2003, visando a substituição, em toda lei, das expressões “idoso” “idosos”, pelas expressões “pessoa idosa” e “pessoas idosas”.

O diploma infraconstitucional apresenta inicialmente quem são as pessoas idosas, as definindo-a como sendo aquelas com sessenta anos ou mais, através de disposições preliminares, garantindo ainda aos idosos o gozo de todos os direitos inerentes a pessoa humana, bem como, atribui ao Estado, a família e toda a sociedade de promover com absoluta prioridade a efetivação desses direitos.

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

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (Brasil, 2003).

Em seguida, o Título II trata dos direitos fundamentais, compreendendo o direito à vida, liberdade, respeito, dignidade, saúde, alimentos, educação, cultura esporte, lazer, profissionalização e trabalho, Previdência e Assistência Social, habitação e transporte (Brasil, 2003).

Outrossim, ao tratar do direito à vida, tutela-se o direito a um envelhecimento digno, estabelecendo-o como um direito personalíssimo, conforme vislumbra-se nos Artigos 8º e 9º da lei em estudo.

No que tange ao direito ao respeito, esse consiste sobretudo na inviolabilidade física, psíquica e moral. Observe a redação legal:

§2º 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 (Brasil, 2003).

Tratando-se da prestação de alimentos a pessoa idosa, a referida lei prever a aplicabilidade das leis civis, estabelecendo a obrigação solidária entre os prestadores, bem como

a possibilidade de o alimentando optar entre eles. Além disso, ante a impossibilidade de os familiares proverem o sustento do idoso, esse passará a ser encargo do Estado, na sua atuação assistencial (Brasil, 2003).

Verifica-se da lei especial que o objetivo central diz respeito a garantia do bem-estar do idoso, a fim de lhes garantir o acesso a todos os bens inerentes ao seu bem-estar e condições dignas de existência, de modo a jamais ficar desassistido.

Outro dos direitos especificamente abordados pelo Estatuto do idoso é a profissionalização e trabalho. Embora, haja um preconceito social que relacione a velhice a ideia de aposentadoria e inatividade, a referida legislação, atentando-se a ordem constitucional, prever o direito a profissão devendo ser respeitadas as condições físicas e intelectuais de cada indivíduo, sendo vedado fixação de qualquer limite de idade.

Art. 26. A pessoa idosa tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Art. 27. Na admissão da pessoa idosa em qualquer trabalho ou emprego, são vedadas a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir (Brasil, 2003).

No que diz respeito ao direito ao transporte, esse está intimamente ligado ao direito a liberdade de ir e vir. Nesse passo, o estatuto em apreço buscou garantir a gratuidade dos transportes públicos coletivos urbanos e semiurbanos a todos os idosos que comprovarem possuir idade superior aos sessenta e cinco anos, bem como reserva de assento preferencial, além de prioridade no embarque e desembarque e reservas de vaga no estacionamento, conforme as condições legais a seguir aduzidas.

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§1º Para ter acesso à gratuidade, basta que a pessoa idosa apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para as pessoas idosas, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para pessoas idosas.

Art. 41. É assegurada a reserva para as pessoas idosas, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade à pessoa idosa.

Art. 42. São asseguradas a prioridade e a segurança da pessoa idosa nos procedimentos de embarque e desembarque nos veículos do sistema de transporte coletivo (Brasil, 2003).

Por conseguinte, a lei em comento ainda apresenta de forma específica acerca das medidas de proteção ao idoso, seguida da política de atendimento, acesso à justiça, finalizando com os crimes em espécies praticados contra idoso (Brasil, 2003).

Tratando-se das medidas de proteção aos idosos, essas serão aplicadas sempre que houver ameaça ou lesão de direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, por ação, omissão ou abuso por parte da família, do Estado ou da sociedade, em razão da condição pessoal de ser idoso (Brasil, 2003).

Nesse quesito, as medidas de proteção dispostas no Estatuto do idoso podem serem aplicadas isoladas ou cumulativamente, levando em consideração a sua finalidade de aplicação, observadas as peculiaridades do caso concreto. Veja-se a literalidade normativa quanto a matéria,

Art. 44. As medidas de proteção à pessoa idosa previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – Encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, à própria pessoa idosa ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – Abrigo em entidade;

VI – Abrigo temporário (Brasil, 2003).

No que concerne a política de atendimento ao idoso, essa ocorre através de ações governamentais e não governamentais, a serem executadas pelos seus entes em todas as esferas de governo, voltadas a saúde, educação, assistência social, cultura, entre outros (Brasil, 2003).

Por conseguinte, no que tange ao acesso à justiça, a abordagem apresentada pelo estatuto, refere-se especificamente ao poder judiciário e a tramitação de demandas em que figure como parte ou interessado pessoa idosa (Brasil, 2003).

Nesse sentido, embora a previsão refira-se em sua forma literal, a processos, procedimentos ou diligências judiciais, essa se estende também a seara administrativa (Boas, 2015).

Desse modo, verifica-se que o Estatuto do Idoso, em consonância com a ordem constitucional, firma-se perante o ordenamento jurídico como importante instrumento para se tutelar, viabilizar e efetivar os direitos dos longevos, cumprindo assim sua função normativa.

4. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 dedica o Título II a estabelecer os direitos e garantias fundamentais, os subdividindo em cinco capítulos que vão tratar dos direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos da nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos (Brasil, 1988).

Assim, em consonância com os fundamentos e princípios estabelecidos pela ordem constitucional brasileira, os direitos e garantias fundamentais visam, sobretudo, viabilizar uma vivência digna, para os cidadãos integrantes do Estado.

A maioria dos direitos e garantias fundamentais, de natureza individual, encontram-se expostos no Art. 5º da Constituição Federal de 1988, merecendo destaque o direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, previstos no caput (Brasil, 1988).

No que tange ao objeto de estudo da presente pesquisa, detem-se em dois direitos acima destacados que são diretamente confrontados pelas manifestações sociais do etarismo, que diz respeito a liberdade e a igualdade, haja vista que, ao impor condutas e/ou formas de tratamento, em decorrência da idade, viola-se preceitos constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 DEFINIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme denota-se da Constituição Federal de 1988, em seu Título II, apresenta-se os Direitos e Garantias Fundamentais.

Embora as duas denominações integrem a mesma seção no diploma constitucional e comumente se atribua o mesmo sentido a ambas denominações, no campo doutrinário, alguns autores ocuparam-se em estudar e assim traçar uma diferenciação dogmática quanto ao significado dos referidos termos.

Nesse prisma, Martins (2023, p. 308), conceitua os direitos fundamentais como previsões de cunho declaratório já normatizados pela Constituição, isto é, pela lei maior de um Estado. Enquanto isso, caracteriza as garantias fundamentais também como normas, todavia seu caráter é assecuratório, funcionando assim como mecanismos capazes de garantir, assegurar, os direitos tutelados previamente.

Compreende-se por essa visão, que tanto os direitos quanto as garantias encontram-se

normatizadas no corpo constitucional, e portanto, possuem força normativa, o que as diferenciam é o seu caráter e aplicabilidade.

Por conseguinte, Padilha, (2019, p. 239) diferencia os direitos fundamentais como sendo bens e benefícios previstos na Constituição e garantias fundamentais, como ferramentas insculpidas para resguardar e possibilitar o exercício dos direitos.

Verifica-se, que mais uma vez a distinção entre os termos empregados pelo poder constituinte reside no caráter meramente declaratório dos direitos, comparados ao caráter instrumental das garantias, que resguardam meios para que se provoque a interferência competente para se resguardar os direitos estabelecidos e fazer com que eles realmente sejam válidos.

Outrossim, no entendimento de Motta, (2021, p. 211) é possível conceituar os direitos fundamentais da seguinte forma:

[...] conjunto de direitos que, em determinado período histórico e em certa sociedade, são reputados essenciais para seus membros, e assim são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente (Motta, 2021, p. 211).

Compreende-se por essa visão que os direitos fundamentais possuem um cunho histórico e social integrando-se ao contexto no qual foram criados e incorporados na ordem constitucional.

Outrossim, Martins, (2023, p. 308) ainda estabelece uma diferenciação no que tange a direitos humanos e direitos fundamentais, especificando que os direitos humanos são inerentes a condição humana e colocados como prioritários na ordem constitucional de vários Estados, todavia podem se encontrar normatizados em documentos interacionais, enquanto ao referir-se a direitos fundamentais, diz respeito aquelas previsões estabelecidas na Constituição de cada Estado.

Nessa conjuntura, os direitos e garantias fundamentais apresentam algumas características como imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência, complementaridade e relatividade, possuindo ainda, eficácia e aplicabilidade imediata (Moraes, 2022).

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Se analisada a história da humanidade é possível destacar que mesmo na mais remota civilização, antes mesmo de iniciada a construção de democracia e instituição de direitos da

forma normatizada como se manifesta nos dias atuais, já existia mecanismos para proteção personalíssima do homem em face de outro e do Estado. Assim preceitua Moraes, (2022, p. 29).

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais aponta que sua origem pode ser observada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes (Moraes, 2022, p. 29).

Nesse sentido, Martins, (2023, p. 312) aponta que “a evolução histórica dos direitos fundamentais se confunde com a evolução do constitucionalismo, destacando quatro períodos importantes: Idade antiga, idade média, moderna e contemporânea”.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, os direitos e garantias surgem em consonância com o contexto social. Assim, a maioria dos doutrinadores classificam os direitos e garantias fundamentais em cinco gerações e/ou dimensões.

Os direitos de primeira dimensão são os que primeiro surgiram como meio para se tutelar a organização dos povos, sendo considerados como direitos ou liberdades individuais, como é o caso do direito a vida, liberdade, propriedade e os próprios direitos políticos. Nesse caso, há um dever do Estado no sentido de não interferir nas relações sociais, possuindo apenas o dever secundário de garantir a dignidade de todos. No Brasil tais direitos encontram-se previstos desde a Constituição Federal de 1824, sendo previstos também no diploma de 1891, o que se coaduna com os ideais de Estado liberal vigente na época (Martins, 2023).

Percebe-se que os direitos de primeira dimensão relaciona-se diretamente com as liberdades individuais, característica marcante dos Estados liberais, a partir de uma intervenção mínima do Estado, propícia ao contexto social da época pós Revolução Francesa.

Posteriormente, surgem os direitos de segunda geração, estabelecendo prestações positivas por parte do Estado, com o intuito de garantir saúde, educação, trabalho e assistência social, através da implementação de políticas públicas (Martins, 2023).

No Brasil, a primeira constituição a estabelecer os direitos considerados de segunda dimensão foi a de 1934, trazendo mudanças importantes dedicadas aos direitos dos trabalhadores, que também foi a primeira a possuir um caráter fortalecido de cidadania, inspirada na Constituição do México, 1917 e Weimar, 1919 (Martins, 2023).

Denota-se que com a constituição de 1934, busca-se inserir no ordenamento jurídico brasileiro um aspecto social, característico dos Estados democráticos de direito, o que se repete na Constituição de 1946, que também possuía um caráter social.

Ainda é possível destacar os direitos de terceira dimensão, que na concepção de Martins, (2023, p. 321) seriam aqueles que pertencem a coletividade, seja ela determinável ou indeterminável.

Direitos de terceira dimensão são os direitos metaindividuais, ou transindividuais, que pertencem a uma coletividade determinável ou indeterminável de pessoas, como o meio ambiente sadio, previsto na Constituição de 1988, no art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”. Seria também de terceira dimensão a busca da paz, presente nos incisos VI e VII do art. 4º da Constituição Federal, que asseguram a “defesa da paz” e a “solução pacífica dos conflitos” (Martins, 2023, p. 321).

Por conseguinte, no que diz respeito aos direitos de quarta dimensão, esses são inerentes e frutos da sociedade contemporânea de onde se extrai os avanços tecnológicos, que faz emergir algumas questões socialmente relevantes, a exemplo do direito a privacidade, a proteção da propriedade genética (Martins, 2023).

De acordo com a classificação de Lenza, (2019), os direitos de quarta dimensão seriam aqueles frutos da sociedade democrática, informação e da pluralidade, o que é próprio da globalização. Seria assim a materialização da sociedade do futuro.

Por último, no que concerne aos direitos de quinta dimensão, estão vinculados a tecnologia, internet e realidade virtual, englobando-se também os direitos não humanos, abarcando assim o dever de cuidado, amor e respeito com toda forma de vida (Martins, 2023 *apud* Sampaio, 2016).

No que tange aos direitos de terceira, quarta e quinta dimensão, esses foram incorporados a ordem constitucional brasileira principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, também intitulada como constituição cidadã, cumprindo o seu papel de redemocratização e reestabelecimento de um estado social, pautado em prestações positivas pelo Estado como meio para se garantir a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Quanto as Constituições Federais de 1937 e 1967, salienta-se que foram constituições impostas por regimes antidemocráticos, logo, seu caráter disto do aspecto social e garantista das demais, havendo, portanto, uma mitigação no que se refere a direitos individuais, reestabelecido juntamente com a democracia de direitos pela Carta Magna de 1988.

Desse modo, nota-se que a evolução dos direitos e garantias fundamentais se deu como conceitua alguns doutrinadores constitucionalista, em consonância com a realidade social, e assim também foi alcançado pelas constituições brasileiras.

4.3 ETARISMO

Conforme abordado em capítulo anterior, o processo de envelhecimento é um fato que sempre esteve presente na história da humanidade, todavia, só passou a ser pensado como questão social recentemente, a partir do acelerado crescimento da população idosa, que tem exigido mudanças sociais que atendam aos interesses dessa parcela da população.

Nessa conjuntura um novo termo tem recebido notável relevância no que tange as discussões inerentes as problemáticas sociais: Etarismo.

De acordo com a academia de letras brasileira (2016), etarismo se refere a discriminação e preconceito baseados na idade, geralmente das gerações mais novas em relação às mais velhas; também denominado como idadismo.

Alguns autores, apontam a manifestação do preconceito relacionando a classificação etária em inúmeras esferas sociais, como no trabalho, no âmbito institucional, acadêmico, cultural, destacando, inclusive, a responsabilidade do Estado no embarreamento de tais posturas.

Constantemente é possível perceber no meio social demonstrações intolerantes no que tange a idade. É o caso por exemplo dos padrões de beleza, que estão sempre associados a juventude, bem como a busca constante do mercado em oferecer produtos destinados a camuflagem dos traços da senescência e preservação da jovialidade (Rodrigues *et al.*, 2016).

Destaca-se que, a própria ideia de aposentadoria foi vinculada a ideia de envelhecimento pelo senso comum, de modo que causa estranheza quando alguém, visivelmente jovem encontra-se aposentado, na mesma medida em que se estranha que um idoso deseje permanecer ativo no mercado de trabalho, isto é, o idadismo presente, ao se negar ou preterir qualquer tipo de oportunidade no mercado de trabalho em virtude da idade longíqua de uma pessoa.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro inexistente legislação que venha a tratar de forma específica e pormenorizada acerca do preconceito relacionado a classificação etária, etarismo ou idadismo, como tem sido nomeadas nas discussões sociais.

Todavia, a Constituição Federal da República de 1988, coibe qualquer forma de discriminação, conforme depreende-se do caput do Art. 5º ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”; e de forma ainda mais explícita no Art. 3º, IV, determinar como objetivo fundamental da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

Nessa conjuntura, ao ser provocado em casos específicos quanto a temática, os

Tribunais brasileiros têm se utilizado dos princípios constitucionais, para fundamentar suas decisões, conforme é possibilitado pela dogmática do direito.

4.4 IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS COMO LIMITAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS IDOSOS

O Código Civil de 2002 estabelece em seu Art. 1641, a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento quando um ou ambos os nubentes for maior de setenta anos. Segue a integralidade normativa:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (Brasil, 2002).

Denota-se que há uma imposição normativa que limita a livre disposição dos nubentes maiores de setenta anos quanto a escolha do regime de bens que irá reger as relações patrimoniais firmadas pelo casal entre si e com terceiros.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988, Lei Maior da República Federativa do Brasil, estabelece a isonomia como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, além do direito as conhecidas liberdades individuais, sendo apontada a autonomia como decorrência implícita desse.

Nesta perspectiva, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana funcionam como limitação constitucional a atividade estatal, inclusive em sua função normativa através do poder legislativo.

Demonstra-se que a imposição trazida pelo Código Civil de 2002 desencadeou controvérsias significativas no campo doutrinário e jurisprudencial, no que diz respeito a aplicabilidade de tal norma em face dos princípios constitucionais.

Assim, para aqueles que se posicionam favoráveis a aplicação do regime da separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de setenta anos, tal percepção se deve a presunção de vulnerabilidade afetiva e no caráter protetivo da norma, no sentido de prevenir e proteger os interesses de cunho patrimonial dos longevos (Boas, 2014, p. 50).

Corroborando com tal entendimento, Gonçalves (2023, p.186), aponta que tal imposição tem natureza protetiva, funcionando como empecilho as uniões cuja motivação seja meramente econômica. Destaca ainda, uma suposta flexibilização da restrição, tendo em vista que no

Código Civil de 1916 a limitação ocorria para o homem aos sessenta anos e para mulher aos cinquenta.

De tal análise infere-se que no Código Civil de 1916, para além da discriminação imposta pela idade, também há uma diferença de tratamento com base no sexo, haja vista que era diferente o limite de idade para imposição do regime de separação obrigatória de bens para homens e mulheres.

Salienta-se que atualmente, a restrição legal no que tange a liberdade de escolha atinge qualquer pessoa maior de setenta anos de idade, independente de sexo.

Nota-se que a justificativa para a limitação legal como instrumento para proteção normativa dos interesses dos maiores de setenta anos, está fundada em um “preconceito” social, a partir da suposição de uma vulnerabilidade emocional e psicológica que impossibilitaria tal parcela etária de discernir quanto a motivação do casamento, se de fato seria o desejo de comunhão de vida ou apenas, interesse financeiro.

Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz, (2023, p. 75):

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú” (Diniz, 2023, p. 75).

Alguns doutrinadores apontam para a prevenção do conhecido “golpe do baú”, que corrobora com a ideia de interesse unicamente financeiro ao se buscar a celebração do casamento, verificando-se por parte do legislador a presunção de má-fé de um dos nubentes, o que contraria os preceitos processuais civis, tendo em vista que na dúvida deve ser presumida a boa-fé, devendo ser apurado nas particularidades de cada caso prova de má-fé (Nascimento, 2019).

Em uma outra ótica, ainda é importante salientar o perfil da pessoa idosa do século XXI, que contradiz todos os estigmas construídos socialmente ao longo da história da humanidade, o que foi amplamente abordado no capítulo anterior.

O idoso incapaz, improdutivo, vulnerável, limitado, encontra-se cada vez mais ativo, produtivo, o que o faz buscar, cada vez mais autonomia e independência em suas decisões. Tudo isso, em decorrência do avanço tecnológico que contribuiu significativamente para a melhoria na qualidade de vida, que além de corroborar para o aumento da expectativa de vida,

também possibilita que o idoso continue ativo em suas atividades, o que não acontecia no passado.

Compreende-se que a legislação é editada de acordo com as circunstâncias sociais, que é justamente o que dá causa a sua criação. Assim, em um contexto social, em que de fato, existiu uma certa incapacidade física e cognitiva dos idosos é aceitável que a legislação preveja formas de tutelar essa vulnerabilidade, a fim de oferecer maior proteção aos interesses dos longevos.

Contudo, nos dias atuais, tal realidade tem sido transformada, ou pelo menos, já não se aplica a maior parte do contexto social. Reafirma-se, o perfil dos idosos mudou, motivo pelo qual, tal parcela etária busca uma maior autonomia, que atualmente é mitigada pela própria legislação em vigor, como defende a maioria dos autores civilistas ao se posicionarem contrários a aplicação da obrigatoriedade do regime de separação de bens para os septuagenários.

Conforme leciona Gonçalves, (2023) citando Cahali, (2014), tal continência comporta violação a liberdade individual do idoso manifestada pela tutela exagerada do Estado, haja vista, que a pessoa idosa é pessoa civilmente capaz, não se justificando tal imposição.

Outrossim, tal previsão revela uma agressão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por normatizar uma mitigação da autonomia, independência, autogerência e bem estar dos septuagenários, impondo a esses uma tutela simplicista, contrariando o caráter protecionista e garantista da Constituição Federal (Gonçalves, 2023 *apud* Lôbo, 2003).

Adentra-se então, na discussão do exercício da autonomia privada, amplamente defendida pelo direito civilista, como decorrência do direito fundamental a liberdade, relacionando também ao direito a igualdade e autodeterminação deferido a todas as pessoas pela ordem constitucional. Nessa perspectiva, Calmon (2023), ressalta:

No campo da pessoa idosa, a autonomia estaria profundamente relacionada com a garantia de que se possam exercer, com igualdade, todos os direitos que são deferidos às demais pessoas. Vincula-se com a possibilidade de uma pessoa tomar as suas próprias decisões, estar no controle de sua própria vida, autodeterminar-se da forma que reputar mais apropriado, inclusive com senso de responsabilidade e de autogoverno. No mesmo sentido, a professora inglesa Gaye Heathcote ensina que “a autonomia, intimamente associada ao bem-estar e ao empoderamento, foi mantida para implicar controle sobre a própria vida, oportunidades para fazer escolhas, e sentir-se confortável ao desenvolver e utilizar os próprios recursos pessoais (Calmon, 2023).

Constata-se que que as discussões em torno da autonomia da pessoa idosa no âmbito da imposição do regime separação de bens, está associada a capacidade do longo vivo fazer as

próprias escolhas, assumindo o controle da própria existência, inclusive no que diz respeito ao seu patrimônio, tendo em vista que apenas a idade avançada não retira a capacidade civil.

Para além disso, a Constituição de 1988, que se destaca pelo seu caráter cidadão, democrático e igualitário, prever explicitamente a vedação a discriminação em razão de idade, além de conferir especial proteção aos direitos dos idosos.

Dessa modo, ao deparar-se no ordenamento jurídico brasileiro, com uma norma infraconstitucional que tolhe ou reduz o exercício do direito a liberdade, autonomia, igualdade colocando em cheque a própria dignidade da pessoa humana, que são valores e direitos garantidos pela ordem constitucional, e fator que se agrava, em função da idade, e de ideias preconceituosas construídas socialmente, verifica-se infringência a constituição, fundamentando a inconstitucionalidade da norma civil.

4.5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme apontado anteriormente, a imposição do regime de separação obrigatória de bens para disciplinar a comunhão de vida estabelecida por e entre pessoas septuagenárias denuncia um confronto para com alguns princípios estabelecidos pela ordem constitucional vigente, o que tem gerado intensos debates no âmbito dos tribunais brasileiros, embora tal questão ainda não tenha sido pacificada.

Nesse sentido, ao ser confrontados acerca da temática, alguns tribunais tem entendido pela inconstitucionalidade da imposição estabelecida pela lei vigente, fundamentando tal visão na violação dos princípios da igualdade e da dignidade humana, previstos pela Constituição Federal de 1988. Essa é a tese já firmada pelos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, cuja ementa do julgado é apresentado a seguir.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (TJ-MG - ARG: 10702096497335002 MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014).

Por outro lado, outros Tribunais de Justiça, entendem pela aplicação da integralidade normativa em vigor no ordenamento jurídico, como ocorreu no processo que ensejou o Recurso Extraordinário com Agravo nº. 1309642.

O caso supra, tratava de constituição de união estável em que a companheira de um idoso com mais de setenta anos teve o direito de fazer parte do inventário e integrar a concorrência na partilha dos bens reconhecido em primeira instância. Todavia, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo reformou a decisão aplicando a integralidade da lei, fundamentando sua decisão no caráter protecionista dos interesses dos idosos. Questionada a validade da imposição do regime de bens aplicável ao casamento e união estável dos nubentes septuagenários, em julgamento realizado em setembro de 2022, pelo Ministro Relator Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral da referida matéria.

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. (STF - ARE: 1309642 SP, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2023 PUBLIC 06-03-2023).

Insta salientar a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF), em que se firmou o entendimento de que, ainda que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os constituídos na constância do casamento.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especificamente no que concerne ao regime obrigatório, relacionado ao quesito etário, aplica-se o entendimento da Súmula 377, comunicando-se os bens adquiridos na constância do casamento, desde que demonstrado o esforço comum para sua obtenção, o que se estende também a união estável.

Depreende-se que, em um contexto geral, paira no ordenamento jurídico uma controversia jurisprudencial no que diz respeito a inconstitucionalidade do dispositivo civil que estabelece a obrigatoriedade de tal regime, de modo que, tal questão apenas será pacificada a partir do julgamento do Tema 1.236 pelo STF, que inclusive, entrou em pauta de julgamento em 18 de outubro de 2023, devendo a tese aprovada ser aplicada aos demais casos análogos, conforme noticiado pelo portal institucional da Corte Suprema.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa viabilizou uma análise a partir de um ponto de vista normativo relacionando-os com os fatores sociais e estudos doutrinários acerca das disposições civis inerentes ao Direito de Família, especificamente no que tange ao casamento, regime de bens e direitos dos idosos, a luz do ordenamento constitucional, instituído pela Constituição Federal de 1988.

Verifica-se que o tema abordado possui relevância social, haja vista tratar de tema em evidência no contexto contemporâneo. O envelhecimento, embora seja um fator social que sempre existiu, tem desencadeado transformações intensas na organização social e jurídica, sobretudo, no que tange ao papel do Estado como garantidor dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, fundamento da República do Brasil.

O presente trabalho foi organizado em três capítulos. No primeiro, foi possível uma abordagem na perspectiva do direito de família, apresentando-se assim alguns aspectos históricos a respeito do casamento, seguido por alguns apontamentos organizados pelo Código Civil, no que se refere a sua disciplina, bem como do regime de bens, responsável pelo regime patrimonial dos nubentes.

A partir disso, verificou-se uma mudança significativa no conceito de casamento, que surge com um caráter sacramental, vinculado aos ideais católicos, e que acompanhando as revoluções sociais, embora não tenha perdido completamente o seu significado religioso, nos dias atuais assume um caráter contratual, baseado na vontade e liberdade das partes e também institucional, no sentido de compor a mais antiga forma de relação e instituição social que é a família. Tanto é que, para maior parte da doutrina civilista, o casamento como está posto no Código Civil de 2002, apresenta uma natureza mista, ou seja, características contratuais e institucionais.

No segundo capítulo, buscou-se um estudo direcionado ao processo de envelhecimento, considerando-se os aspectos sociais do passado e do presente, seguido de um panorama normativo atual no que diz respeito a tutela dos direitos dos idosos, destacando-se o Estatuto do Idoso, em vigor desde 2003.

Com isso, foi possível diagnosticar uma profunda mudança no perfil do idoso ao longo da história da humanidade, o que se demonstrou de forma ainda mais intensa a partir dos avanços tecnológicos que motivaram o aumento da expectativa de vida, na medida em que também ocasionaram uma queda na taxa de fecundidade, ocasionando um acelerado crescimento da população idosa.

No que tange ao aspecto legal da tutela de direitos, durante muito tempo os idosos foram negligenciados quanto as suas necessidades e vulnerabilidades, que até a promulgação da Constituição Federal de 1988, eram atendidos pela filantropia e outras instituições de caráter assistencial, não possuindo o Estado obrigações quanto a promoção do exercício dos direitos fundamentais dessa classe social. A Carta Magna, viabilizou e norteou a criação de uma legislação que tratou de forma específica dos direitos inerentes a pessoa idosa, que foi o Estatuto do Idoso.

Por último, no terceiro capítulo foi realizada uma análise em torno da temática central da pesquisa, que é a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos sob a óptica dos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Nesse quesito, alcançou-se uma diferenciação entre a conceituação de direitos e garantias fundamentais, sendo aqueles previsões de cunho declaratório, enquanto essas tem caráter instrumental, na efetivação dos direitos.

Além disso, foi traçado o percurso histórico dos direitos e garantias fundamentais, destacando sua incorporação nas constituições brasileiras, sendo possível delinear em que se considerou o contexto social vigente em cada época, o que corroborou para a classificação dos direitos e garantias fundamentais em gerações pelos doutrinadores constitucionalistas.

Outrossim, ao tratar sobre Etarismo, foi possível o diagnóstico de que trata-se de questão social contemporânea, que diz respeito ao preconceito em virtude da idade, sendo possível apontar inúmeros cenários em que se manifesta tal problemática: trabalho, família, arte. Além disso, ante a inexistência de legislação específica que trate sobre o assunto, ao se provocar o judiciário sobre a matéria, as decisões tem sido fundamentadas nos princípios e disposições constitucionais, reprovando e desestimulando qualquer prática discriminatória, que venha a ferir a dignidade humana, tão cara ao ordenamento jurídico brasileiro.

Em tópico específico, abordou-se a respeito da imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos como entrave ao exercício da autonomia, e violação ao princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana, sendo esses os principais embasamentos utilizados pela doutrina ao apontar a inconstitucionalidade da norma civil, expondo também a argumentação doutrinária favorável a restrição civil, justificada, principalmente, no caráter protecionista da legislação.

Finalizou-se o presente estudo com uma análise exploratória acerca da jurisprudência no entorno da temática, sendo possível perceber que ainda paira no ordenamento jurídico controvérsia quanto ao tema, que, inclusive, encontra-se em pauta de julgamento na Corte

Suprema, existindo uma expectativa de pacificação.

Portanto, o que se vislumbra é que, de acordo com a hermenêutica atual, há fundamentos pró e contra a aplicação do regime de separação obrigatória de bens para os septuagenários, de modo que, frente a supremacia dos princípios e direitos constitucionais, é incoerente a aplicação de uma norma infraconstitucional que mitigue e ou oprima tais previsões, sobretudo se fundamentado tão somente em um contexto social superado, que não reflete a realidade vigente.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS (ABL). **Etarismo**. Disponível em: <<https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/etarismo>>. Acesso em: 10 out. 2023.

BOAS, Marco Antonio V. **Estatuto do Idoso Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Lei 10.741, 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula nº 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Recurso Extraordinário: 1309642/SP**. Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 30/09/2022. Data de Publicação: 03-03-2023.

CALMON, Patrícia. **O direito à autonomia na escolha do regime de bens: Entre idade e vulnerabilidade**. IBDFAM. 2023. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1976/O+direito+%C3%A0+autonomia+na+escolha+do+regime+de+bens%3A++Entre+idade+e+vulnerabilidade>>. Acesso em: 13 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 175 de 14/05/2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 18 out. 2023.

DICIO. **IDOSO**. In: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/idoso/>>. Acesso em: 10 out. 2023.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 39. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

FERREIRA, Ana; PRADRO, Florestan. **O conceito do idoso e a evolução história de seus direitos**. In: ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica. Anais v. 12, n. 12. 2016.

Disponível em: < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5512>>. Acesso em: 19 out. 2023.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

INAGAKI, R.K. et al. A Vivência de uma Idosa Cuidadora de um Idoso Doente Crônico. **Ciência, Cuidado E Saúde**, v. 7. 2013. Disponível em < <https://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/CiencCuidSaude/article/view/20802>>. Acesso em: 09 out. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito da Família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado**. 14. ed. São Paulo: Atlas 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar F. **Série IDP – Manual dos direitos da pessoa idosa - DIG**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2022.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021.

MOURA, L. **As acepções do vocábulo idoso**. JusBrasil. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46598/as-acepcoes-do-vocabulo-idoso>>. Acesso em: 09 out. 2023.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

NASCIMENTO, Joab. **Estudo acerca da (in) constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos**. Monografia (Curso de Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Sousa, 2019.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 34. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

RAMOS, Paulo Roberto B. **Série IDP - Curso de direito do idoso, 1. ed.** São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Mayara; et al. **O “Etarismo” e a velhice: revisão das publicações nacionais.** *In:* Congresso Nacional de Envelhecimento Humano. Anais I CNEH. Campina Grande: Realize Editora, 2016. Disponível em: <<https://www.editorarealize.com.br/artigo/visualizar/24577>>. Acesso em: 15 out. 2023.

SILVA, Maria; YAZBEK, Maria. Proteção social aos idosos: concepções, diretrizes e reconhecimento de direitos na América Latina e no Brasil. **R. Katál., Florianópolis**, v. 17, n. 1, p. 102-110, jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rk/a/yGpCjdCY8gjG3ZZ5dPpZbTL/?format=html#>>. Acesso em: 21 set. 2023.

SOARES, Ricardo Maurício F. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. **STF. Entenda a discussão no STF sobre separação de bens em casamento de pessoa maior de 70 anos.** 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=516260&ori=1#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20artigo,se%20estende%20%C3%A0s%20uni%C3%B5es%20est%C3%A1veis>>. Acesso em: 18 out. 2023.

STJ. **A atuação do STJ na garantia dos direitos das pessoas homoafetivas.** 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-06-03_06-55_A-atuacao-do-STJ-na-garantia-dos-direitos-das-pessoas-homoafetivas.aspx>. Acesso em: 17 out. 2023.

TJMG. **ARG: 10702096497335002** MG, Relator: José Antonino Baía Borges, Data de Julgamento: 12/03/2014, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 21/03/2014.